

JAIME LEÓN GAÑÁN RUIZ

**LOS MUERTOS DE LEY 100:
PREVALENCIA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA SOBRE EL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD
UNA RAZÓN DE SU INEFICACIA
CASO DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DEL RÉGIMEN
CONTRIBUTIVO
(POSC)
(Doctorado en Derecho)**

**Bogotá, D. C., Colombia
2010**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
DOCTORADO EN DERECHO

Rector: **Dr. Fernando Hinestrosa**

Secretario general: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

Director del doctorado: **Dr. José Luis Benavides Russi**

Codirector del doctorado: **Dr. Edgar Cortes Moncayo**

Director de la tesis: **Dr. Carlos Bernal Pulido**

Examinadores:
Dr. Mauricio Pérez
Dr. Alexei Julio
Dra. Magdalena Correa
Dra. María Cristina Gómez
Dr. Rubén Darío Gómez

*A **DIOS**, en quien creo profundamente*

A mi Madre

*A los que diariamente se ven envueltos en el maremágnum
normativo del Régimen Contributivo del Sistema General de
Seguridad Social en Salud colombiano*

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme la oportunidad de realizar los estudios de doctorado y de elaborar la presente tesis.

A mi Madre, por el apoyo incondicional y permanente.

A mis entrañables amigos y amigas que me colaboraron en todo momento con las exigencias del doctorado y del desplazamiento, con los recursos, y por su apoyo, igualmente incondicional, durante todo el tiempo de esta aventura de investigación. En especial a Pedro Jaramillo.

A mi Alma Mater, la Universidad de Antioquia, a su rector, Alberto Uribe Correa, a su secretario general, Luquegi Gil Neira, al Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas conformado por: Hernán Darío Vergara Mesa, Clemencia Uribe Restrepo, Robert Uribe, Luis Gonzaga Vélez Osorio, Olga Lucía Lopera Quiroz, Luz María Wills Betancur y Manuel Antonio Ballesteros Romero, y en especial a nuestro Decano, Hernán Darío Vergara Mesa, por todo el apoyo recibido para la finalización de la tesis doctoral.

A la Universidad Externado de Colombia, al doctor José Luis Benavides en su calidad de Director del Programa de Doctorado en Derecho, por su colaboración durante la realización del doctorado y la estructuración de la tesis doctoral.

A quienes en forma totalmente desinteresada me auxiliaron en la lectura de los borradores de la tesis, por sus aportes académicos y sus valiosas correcciones. Desde luego los errores que aún quedan me son imputables por entero.

En forma muy especial a mi director, el doctor Carlos Bernal Pulido por su decidida colaboración, dirección académica y acompañamiento metodológico y por su actitud firme pero especialmente amable con el proceso y con el suscrito.

CONTENIDO

| | Pág. |
|---|-------------|
| INTRODUCCIÓN | viii |
| PRIMERA PARTE | |
| ANÁLISIS DE CONCEPTOS BÁSICOS | 1 |
| 1. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD | 1 |
| 1.1 CONCEPTO DE SALUD | 2 |
| 1.1.1 Evolución del concepto de salud | 2 |
| 1.1.2 Concepto de salud en la legislación y jurisprudencia constitucional colombiana | 8 |
| 1.1.3 Componentes del concepto de salud. Hacia una concepción integral y sistémica | 10 |
| 1.1.4 Hacia una propuesta integral del concepto de salud | 13 |
| 1.2 CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD | 16 |
| 1.2.1 Evolución del concepto de derecho a la salud, a la luz del principio de solidaridad y del concepto de responsabilidad | 16 |
| 1.2.2 Componentes del derecho a la salud. Una visión desde los derechos económicos, sociales y culturales | 25 |
| 1.2.3 Naturaleza jurídica del derecho a la salud | 37 |
| 2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA | 54 |
| 2.1 CONCEPTO DE LIBERTAD ECONÓMICA | 55 |
| 2.1.1 Evolución del concepto de libertad económica | 55 |
| 2.1.2 Concepto de libertad económica en la legislación y jurisprudencia constitucional colombiana | 61 |
| 2.1.3 Componentes del concepto de libertad económica | 71 |
| 2.2 CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA | 75 |
| 2.2.1 Evolución del concepto de derecho a la libertad económica | 76 |

| | |
|--|-----|
| 2.2.2 Componentes del derecho a la libertad económica | 77 |
| 2.2.3 Naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica | 80 |
| 3. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD | 94 |
| 3.1 REGÍMENES Y COMPONENTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD | 95 |
| 3.2 MODELO ECONÓMICO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD | 103 |
| 3.3 CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONCURRENCIA DE PARTICULARES EN LA ADMINISTRACIÓN O PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO | 120 |
| SEGUNDA PARTE | |
| COLISIONES ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA | 139 |
| 4. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA | 141 |
| 4.1 PRINCIPALES TEMAS DE CONFRONTACIÓN O DE COLISIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA. UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL | 142 |
| 4.2 DESARROLLO O RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBRE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD POR LA NORMATIVA Y POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANALIZADA | 176 |
| 5. PREVALENCIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LAS COLISIONES ENTRE TAL DERECHO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD | 191 |
| 5.1 EVENTOS DE NEGACIÓN DE CONTENIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC | 197 |

| | |
|---|-----|
| 5.2 EVENTOS DE NEGACIÓN DE CONTENIDOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC | 203 |
| 5.3 EVENTOS DE NEGACIÓN POR COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS O FALTA DE PERIODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN DE CONTENIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC | 208 |
| 5.4 EVENTOS DE NEGACIÓN DE LICENCIAS DE MATERNIDAD | 213 |
| 5.5 EVENTOS DE NEGACIÓN DE INCAPACIDADES LABORALES DE ORIGEN GENERAL | 216 |
| 6. INEFICACIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD POR LA PREVALENCIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA | 232 |
| 6.1 UNA NECESARIA CONSIDERACIÓN INICIAL | 232 |
| 6.2 INEFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO CONSECUENCIA DE LA PREVALENCIA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA SOBRE TAL DERECHO | 237 |
| 6.3 CONSIDERACIONES FINALES | 262 |
| PROPUESTAS | 272 |
| CONCLUSIÓN | 276 |
| BIBLIOGRAFÍA | 282 |
| ABREVIATURAS Y SIGLAS DE USO FRECUENTE | 326 |

INTRODUCCIÓN

El Preámbulo de la Constitución Política de 1991 determina como uno de los fines esenciales del Estado colombiano el garantizar a sus integrantes la vida. A su vez, la protección del derecho a la vida se encuentra positivizada en el artículo 11 de la precitada Constitución Política como un derecho fundamental. Su satisfacción efectiva e integral, como derecho a una vida digna¹, depende del aseguramiento real de otros derechos. Entre ellos se destaca el derecho a la salud.

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Este derecho fue reglamentado por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral² colombiano (en adelante SSSI). Este sistema está compuesto por tres subsistemas denominados, en su orden, Sistema General de Pensiones (en adelante SGP), Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS) y Sistema General de Riesgos Profesionales (en adelante SGRP). La legislación también creó un conjunto de programas adicionales a los subsistemas citados, bajo la denominación de Servicios Sociales Complementarios (en adelante SSC).

El SGSSS³ contempló la existencia simultánea de dos regímenes: el régimen contributivo y el régimen subsidiado en salud. Sólo el régimen contributivo constituye el objeto de esta investigación. El SGSSS tiene como objetivos:

¹ Debe recordarse que la Corte Constitucional ha señalado que “... el derecho a la vida no sólo implica para su titular el hallarse protegido contra cualquier tipo de injusticia, sea esta de índole particular o institucional, sino además tener la posibilidad de poseer todos aquellos medios sociales y económicos que le permitan a la persona vivir conforme a su propia dignidad.” Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 8.

² Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993.

³ Libro II. Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ley 100 de 1993. Artículos del 152 al 248.

regular el servicio público de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS)⁴, como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de dicho Sistema. El POS pretende, en consecuencia, cubrir las necesidades en salud y satisfacer el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del Sistema, en nuestro caso, de los afiliados y beneficiarios al régimen contributivo por medio de la implementación, reconocimiento y garantía de servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros servicios y contenidos⁵.

A pesar de estos desarrollos jurídicos, con frecuencia, el derecho a la salud no satisface todavía a sus titulares, por parte de las Entidades Promotoras de Salud⁶ (en adelante EPS) o por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud⁷ (en adelante IPS).

⁴ Artículo 162 de la Ley 100 de 1993. “... Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan...”.

⁵ En adelante se generalizarán para efectos de este trabajo con el término *servicios de salud*. Excepto en los casos en que haya que individualizar el contenido preciso del POS del cual se esté tratando.

⁶ De acuerdo con el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las EPS son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía (en adelante FOSYGA). Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados. Según el artículo 14 de Ley 1122 de 2007, las EPS son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Entre otras funciones, las EPS tienen que organizar la forma y los mecanismos por medio de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional –numeral 3 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993–.

⁷ El artículo 185 de la Ley 100 de 1993 determina que las IPS tienen como función prestar los servicios de salud en su nivel correspondiente a los afiliados y beneficiarios. Según el numeral 3 del artículo 155 de la citada ley, las IPS pueden ser públicas, privadas o mixtas.

Un indicador de esta falta de satisfacción del derecho a la salud es el ingente número de sentencias de revisión de acciones de tutela que por más de quince años dan cuenta de los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se presentan en la aplicación del SGSSS con respecto al POS del Régimen Contributivo (en adelante POSC). De acuerdo con el informe de la Defensoría del Pueblo *La Tutela y el Derecho a la salud*⁸, del total de 884.271 acciones de tutela interpuestas en los años 2006, 2007 y 2008, el 39.2% fueron acciones en las que se invocó el derecho a la salud. Según tal estudio, el 78.1% de dichas tutelas se instauró contra las entidades de aseguramiento del SGSSS que administran el régimen contributivo y subsidiado⁹, y de tal porcentaje el 53.38% corresponde a negativas de los contenidos del POS¹⁰. En lo referente a temas específicos de solicitud, señala el estudio que el 66.9% de los tratamientos, el 74.8% de cirugías, el 77.7% de los procedimientos, el 48.2% de las prótesis y órtesis, el 76.7% de las citas médicas y el 62.6% de solicitudes de exámenes tutelados se encuentran en el POS. Así mismo, que más del 76.5% de los medicamentos tutelados corresponde a medicamentos no incluidos en el POS.¹¹

No en vano se ha acuñado el término despectivo “muertos de Ley 100”¹², para

⁸ Véase documento: *La Tutela y el Derecho a la salud. 2006-2008*. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2009.

⁹ Según el estudio de la Defensoría, el 54.0% de las tutelas son contra EPS solamente en régimen contributivo, un 15.2% contra EPS en régimen contributivo y subsidiado, el 8.9% contra EPS en régimen subsidiado, el 2.4% contra IPS, un 14.3% contra entes territoriales y el resto –5.2%– en contra de entidades del Estado y entidades particulares, entre otras. Ob. cit. Tabla n.º. 9, p. 39.

¹⁰ En anterior estudio de la Defensoría del Pueblo explicaba la entidad que el porcentaje que en ese entonces correspondía a 56.4% se debía “... en gran parte al permisivo margen de interpretación que, de mediar voluntad, habría podido desaparecer con una juiciosa reglamentación del Mapipos”. *La Tutela y el Derecho a la salud. 2003-2005*. Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2007, p. 78.

¹¹ Datos contenidos en las *Conclusiones* del citado estudio de la Defensoría del Pueblo de 2009, pp. 91-93.

¹² De manera análoga la Contraloría General de Medellín utiliza el término “tren de la muerte” para referirse al registro de 502 pacientes fallecidos en el año 2007 y primer semestre del 2008 por la no ubicación oportuna de dichas personas para la atención pertinente en otras IPS especializadas. De tal número el 68.13% de los casos corresponde al grupo de población mayor de 60 años. Véase *El Auditor*, medio informativo de la Contraloría General de Medellín. 2009, p. 6. Igual, el término “paseo de la muerte” ha sido utilizado por la Defensoría del Pueblo y los medios periodísticos para designar el vía crucis que las personas han tenido que afrontar en busca de una atención inicial de urgencias y que, por falta de dicha atención, por innumerables motivos administrativos, económicos o logísticos, no han tenido tales servicios, y han muerto en el recorrido en busca de una cama o de una entidad que los reciba o en las mismas puertas de hospitales o clínicas del país. Con referencia al “paseo de la muerte”, el *Boletín*

designar a las muertes de pacientes que por innumerables factores de tipo normativo o fáctico no recibieron en forma oportuna o eficiente los servicios de salud o de atención en salud correspondientes, por parte de las entidades responsables de administrar, financiar¹³ o de prestar tales servicios. Es exagerado el número de personas que han muerto o se han agravado, a causa de la falta de satisfacción del derecho a la salud. Asimismo, son numerosas las personas que han muerto en el transcurso de los procesos de acción de tutela¹⁴, y que pretendían hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud.

La prestación de los servicios de salud en forma eficiente y con calidad es necesaria para hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud. La eficiencia y la calidad son principios inherentes a los conceptos de seguridad social, salud, derecho a la seguridad social, derecho a la salud, plan de beneficios en salud y lógicamente a la prestación efectiva de los servicios de salud. No obstante, informes como aquel de la Defensoría del Pueblo, antes citado, y las múltiples acciones de tutela con relación a la negación de procedimientos y medicamentos incluidos en el POS que han sido revisadas por

Jurídico Bimensual de Supersalud cita: “Entres otros, se pueden tener en cuenta los casos ocurridos en Barranquilla de marzo de 2006, Bogotá (Hospital de Tunjuelito de mediados de ese mes), Cali (abril de 2006). Cfr. *El País*, 26 de marzo de 2006, “Un paseo hacia la muerte”; *El Pulso*, “Espectadores ante la muerte”, *El Tiempo*, 5 de abril de 2006, “Denuncian caso de paseo de la muerte en Cali”; *El Colombiano*, “Otro niño sufre de paseo de la muerte”; *La Libertad*, “Paseo de la muerte, investigaciones se extienden al Hospital de Puerto Colombia”. Véase *Boletín Jurídico Bimensual* de Supersalud, n.º. 6, mayo-junio de 2006, pie de página 2, p. 5.

¹³ De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, las EPS y las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud son organismos de administración y financiación del SGSSS.

¹⁴ Véase, entre otras, las siguientes sentencias que dan cuenta de personas que han muerto durante el trámite de la respectiva acción de tutela que se cita: T-001 y T-348 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 8 y 2 respectivamente; T-062 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 4; T-254 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5; T-756 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 13; y la T-576 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 14. A manera de ejemplo, la sentencia T-001 de 2000 se refiere en sus consideraciones, así: “No obstante que el señor [...] falleció encontrándose en trámite la acción de tutela y antes de proferirse el fallo respectivo, esta Corporación procederá a resolver de fondo sobre la violación de derechos que daría lugar al amparo impetrado”. En el mismo sentido hablan las demás sentencias citadas.

la Corte Constitucional¹⁵ son muestra de la ineficiencia y de la falta de calidad con las que las EPS e IPS accionadas han tratado el tema del suministro de dicho POS. En tal sentido, la falta de eficacia en la prestación de los servicios de salud, que es correlativa a la satisfacción del derecho constitucional a la salud, puede deberse a dos tipos de causas: 1. Meramente de tipo económicas, administrativas, técnicas o logísticas. El análisis de esas causas daría lugar a una investigación de tipo empírico; 2. Relacionadas con el propio diseño normativo del SGSSS y con las posibles colisiones o contradicciones que dicho Sistema puede crear entre diferentes derechos. El análisis de esta causa da lugar a una investigación preferentemente de tipo analítico-jurídico¹⁶, tal como la que ahora se presenta¹⁷.

¹⁵ Sólo como ejemplo de las acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional, en el año de 2008, según la información de las sentencias publicadas en la página web de dicha Corte, de 1.039 tutelas revisadas en el 2008, 222 lo fueron con relación al POSC y de ellas 28 fueron negadas, lo cual equivale a que del total de tutelas revisadas por la Corte en el 2008 el 21.36% fueron acciones derivadas de la negación del POSC. No se tiene en cuenta en el número citado las tutelas relacionadas con el régimen subsidiado o las referidas a pensiones o a riesgos profesionales. Véase página web: [http://www.corteconstitucional.gov.co/]. De acuerdo con informe de la Defensoría del Pueblo, en el 2008 hubo 142.947 acciones de tutela en Colombia invocando la protección el derecho a la salud vía solicitud de servicios de salud, lo cual equivale, según tal informe, a un incremento de un 33% más que en el 2007. Igual, la Defensoría del Pueblo señala que pudo establecer que sólo durante el último trimestre del año 2008 las EPS de los regímenes subsidiado y contributivo negaron a los pacientes 129.124 servicios de salud. Véase informe dirigido a la honorable Corte Constitucional, sentencia T-760/08 por la Defensoría del Pueblo. Véase periódico *El Tiempo* del 26 de junio de 2009, Nación 1-5.

¹⁶ De acuerdo con Bartolini, los problemas analíticos son aquellos cuya respuesta depende o se busca en un análisis del significado de las palabras que los expresan. Según dicho autor, los problemas analíticos son esencialmente problemas lingüísticos y conceptuales, cuya solución no depende de la confrontación con la realidad empírica, sino de la definición de las palabras en las frases que los expresan; son pues, problemas semánticos. A su vez, expresa que los problemas normativos son aquellos cuya resolución depende necesariamente de juicios de valor referidos a lo que es preferible, deseable o moral. Véase Stefano Bartolini. *Manual de Ciencia Política*, Madrid: Alianza Editorial, 1988, p. 41. Según Lamprea Rodríguez, se efectúa un trabajo de análisis cuando tiene que formarse una opinión sobre cada uno de los elementos que integran un todo jurídico. Según el autor, procede por análisis todo aquel que desata o libera, para su consideración particularizada, cada uno de los elementos que integran un todo “complejo”. Véase Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. *Metodología del derecho*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1982, p. 163.

¹⁷ Por tanto, problemáticas de tipo empírico o derivadas de factores de índole meramente sociológica, filosófica o de cualquier otra causa diferente a consideraciones normativas no serán objeto de la presente investigación. Esto en ningún momento significa que tales aspectos o lecturas conceptuales no sean importantes para el análisis del derecho a la salud en Colombia o para la eventual demostración de su ineficacia fáctica, sino que, por el objeto propuesto de investigación, este no es el espacio para tal efecto. Tampoco se pretende desconocer el aumento de cobertura que con la Ley 100 de 1993 se haya logrado en el país. Ni las múltiples atenciones y acciones que con calidad y calidez han realizado las entidades de salud y los profesionales de la salud. Tampoco las miles vidas que se han protegido. Pero, una sola muerte

En el marco de las posibles contradicciones que de tipo estructural puedan presentarse en el sistema jurídico que rige actualmente el SGSSS, se hará el análisis únicamente en relación con la tensión que parece darse en forma natural entre el derecho a la salud y la libertad económica¹⁸, ambos derechos de rango constitucional. Para tal efecto, el plan de trabajo se estructura en dos partes: en la primera se analizan los conceptos básicos relacionados con el contenido del derecho a la salud, el derecho a la libertad económica y se realiza una breve descripción de la estructura del SGSSS con énfasis en el modelo económico que lo estructura; en la segunda se detallan varios ejemplos de colisiones entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad económica en el régimen contributivo. Luego en sendos capítulos se trata de demostrar que la libertad económica, en su dimensión de libertad de empresa, prevalece sobre el derecho a la salud en muchas de las colisiones planteadas y que, por esa razón, la protección del derecho a la salud es ineficaz.

En ese orden de ideas, la investigación y correspondiente tesis se encuentra limitada al derecho a la salud, teniendo como referencia el POS del régimen contributivo del SGSSS del SSSI colombiano, desde su creación y entrada en vigencia¹⁹ hasta el año 2008, inclusive. Por tanto, no se hará referencia al régimen subsidiado en salud, administrado por las EPS de tal régimen, ni al actual POS de dicho régimen²⁰, como tampoco a los participantes vinculados o a la población pobre y vulnerable no afiliada²¹ o a planes diferentes del

o un solo evento de agravación de un paciente, atribuible a la posible prevalencia de un derecho económico sobre un derecho humano debe ser objeto de especial análisis en un Estado social de derecho. No obstante lo anterior, la tesis contará con apartes descriptivos y otros dogmáticos como contribución al objetivo transversal de toda la tesis consistente en el fortalecimiento doctrinal y analítico del derecho a la salud como un derecho que debe tomarse realmente en serio en Colombia.

¹⁸ Es preciso detallar desde ahora que el derecho a la libertad económica se tomará para efectos del presente trabajo en los términos del artículo 333 de la Constitución de 1991.

¹⁹ A pesar de que la Ley 100 es de 1993, por la cual se crea el SSSI en Colombia, el SGSSS sólo entra a regir desde enero de 1995, de acuerdo con el artículo 234 de la precitada ley.

²⁰ Véanse los artículos 162 y 211 y siguientes de la Ley 100 de 1993.

²¹ Véase el literal B del artículo 157 de la Ley 100 de 1993. Igual, los artículos 14 y 20 de la Ley 1122 de 2007.

anunciado²². En algunos temas se realiza una breve reseña del derecho a la salud y la existencia o no de un plan de salud en países como España, México y Chile, respectivamente, por su cercanía e influencia normativa con nuestro sistema o por ser miembros de la Organización Iberoamericana de la Seguridad Social (en adelante OISS). Reseña que se hará al finalizar cada capítulo de la primera parte, y en el primero de la segunda.

En lo relacionado con el marco jurídico conceptual la investigación parte de la noción de ordenamiento jurídico como *el conjunto de normas coherentes y armónicas que forman entre sí un sistema unitario*²³. En cuanto a la lectura del sistema jurídico que fundamenta los derechos en cuestión se tendrá como referente la concepción del Estado social y las teorías del Estado constitucional. Por tanto, tal lectura se hace en clave principal de los derechos fundamentales sociales y la Constitución como una fuente del derecho y no sólo como fuente de las fuentes del sistema jurídico²⁴. Para efectos de la investigación la *ineficacia* –como negación de la eficacia²⁵– se entenderá como el *no*

²² Aun cuando, por su importancia, podrían ser objeto de una investigación diferente a esta. Véanse los artículos 165, 167, 168 y 169 de la Ley 100 de 1993. Igual, el artículo 3º del Decreto 806 de 1998.

²³ Véase Blanco Zúñiga, Gilberto. *Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*. Barranquilla: Colección Jurídica, Ediciones Uninorte, 2007, p. 11. De tal noción se deduce las características del ordenamiento jurídico, las cuales serían esencialmente las de: unidad, coherencia y plenitud. Es obvio que las características enunciadas responden a un deber ser de los ordenamientos jurídicos. De allí que en la realidad se presenten al interior de los sistemas jurídicos tensiones y conflictos en las relaciones entre las normas que componen dichos ordenamientos. En palabras de Nino, la organización armónica de los ordenamientos es de difícil conclusión y tales relaciones concluyen en indeterminaciones lógicas, definidas como aquellas que se generan, precisamente, a partir de dichas relaciones entre normas jurídicas. Véase Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Asprea, Buenos Aires, p. 94.

²⁴ Véase Aguiló Regla, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Bogotá: Palestra editores, Temis, 2004, pp. 96-97.

²⁵ La validez de una norma jurídica en un ordenamiento jurídico determinado también depende de su cumplimiento y de su aplicación, es decir, de su eficacia y no sólo de su vigencia (existencia). Para Hierro, una norma jurídica es eficaz como *cumplimiento*, en el sentido más amplio y a la vez más sencillo que cabe atribuir al adjetivo “eficaz” (en el sentido “material” o “externo”), si la acción que la norma prescribe es, en realidad, la acción que realizan los destinatarios de la norma; como *aplicación*, expresa Hierro que suele entenderse, a estos efectos, el hecho que un órgano de adjudicación tome una decisión encaminada a forzar el cumplimiento de la norma por su destinatario y, si ello no es posible, le imponga la sanción prevista para el caso de incumplimiento. El autor citado distingue entre la eficacia jurídica de las normas como cumplimiento y como aplicación (y como éxito). Véase Hierro, Liborio. *La eficacia de las normas*

cumplimiento de la normativa relacionada con el tema que nos ocupa por parte de algunas EPS e IPS –por no decir de todas– de las normas referidas al derecho a la salud y en especial de las relacionadas con el POSC.

Para efectos de esta investigación, se parte de la concepción de la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano²⁶ a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral para él y para la comunidad en general. En igual sentido se ha tomado el concepto de derecho a la salud como un derecho de las personas a gozar de los más altos niveles de bienestar integral, del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social²⁷. Ambas concepciones enmarcadas de manera necesaria en el concepto de Estado social de derecho y en el concepto de Estado constitucional.

Con relación al SSSI se tomará en los términos de la definición que de dicho sistema hace la Ley 100 de 1993²⁸. Con respecto al SGSSS se toma la concepción que determinó la propia Ley 100 de 1993 de tal sistema²⁹ y de su régimen contributivo³⁰. Por ende, así mismo, se parte del POS contemplado en la precitada ley, y en los decretos, resoluciones y acuerdos que lo reglamentan y lo complementan.

jurídicas. Barcelona: Ariel, 2003, pp. 71 y ss. –eficacia de las normas jurídicas como cumplimiento– y pp. 139 y ss. –eficacia de las normas jurídicas como aplicación–.

²⁶ Artículo 1º del Código Iberoamericano de Seguridad Social.

²⁷ Artículo 10.1 del Protocolo de San Salvador. 1988.

²⁸ El Preámbulo de la Ley 100 de 1993, define: “La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

²⁹ El artículo 152 de la Ley 100 de 1993 define: “Objeto. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”.

³⁰ Según el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, el régimen contributivo “... es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”.

En ese orden de ideas, se ha tenido como normativa base para el estudio de los temas citados: la Constitución Política de 1991, las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, entre muchas otras, múltiples decretos con fuerza de ley y decretos reglamentarios del SSSI, del SGSSS y del POSC, resoluciones del Ministerio de la Protección Social (en adelante MPS), acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (en adelante CNSSS) y acuerdos de la Comisión de Regulación en Salud (en adelante CRES) sobre el POSC, al igual que circulares del MPS y de la Supersalud relacionadas con el SGSSS y el POSC. Por supuesto, también la normativa internacional relacionada con los temas referidos y que hacen parte del llamado Bloque de Constitucionalidad.

En el caso de la jurisprudencia constitucional relacionada con los temas referidos, se analizó, en forma principal, las sentencias de constitucionalidad, revisión de tutela y de unificación correspondientes al período comprendido entre 1992 y 2008³¹. En cuanto a la selección de las sentencias de la Corte Constitucional se procedió primero a realizar un barrido año por año de las sentencias de tutela, constitucionalidad y de unificación relacionadas con el tema de la seguridad social en general, luego se decantaron las sentencias referidas en forma específica con el derecho a la salud, posteriormente se seleccionaron las sentencias que se referían a temas previamente determinados con respecto a tal derecho tales como: concepto de salud, concepto del derecho a la salud, naturaleza jurídica del derecho a la salud, justiciabilidad de tal derecho, principios y elementos, SGSSS y POSC, entre otros. Lo propio se realizó con las sentencias relacionadas con el tema del derecho a la libertad económica y con los principales temas de confrontación entre tal derecho y el derecho a la salud, caso en el cual también con

³¹ En algunos casos, sentencias de la Corte Constitucional de los años 2009 y 2010 fueron revisadas como apoyo conceptual en temas relacionados con la naturaleza jurídica del derecho a la salud, en otros casos se reseñan algunas sentencias del Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Superior de la Judicatura, debido a la necesaria referencia en temas como competencia para resolver asuntos de responsabilidad médica y con algunas nulidades actuales de resoluciones del MPS.

anterioridad ya se habían seleccionado puntos específicos o temas de colisión de frecuente suceso y análisis en la jurisprudencia constitucional desde la entrada en vigencia del SGSSS hasta el año 2008³².

Seleccionadas tales sentencias³³, se procedió, con la ayuda del método descrito por López Medina³⁴, a buscar las “sentencias hito”, en nuestro caso las sentencias de mayor inflexión en cada tema. De allí, tanto con las citas, resúmenes y sentencias referidas en la sentencia analizada³⁵ como con las sentencias que analizaron posteriormente el tema en cuestión se realizó el estudio respectivo de los puntos, se repite, de mayor inflexión o cambio en cada tema; sin pretender analizar la estructuración o no de una línea jurisprudencial sino de buscar los principales cambios o reiteraciones jurisprudenciales sobre los asuntos analizados³⁶.

Sobre los aspectos doctrinales se trató de hallar las líneas gruesas de cada uno de los derechos objeto del trabajo. Tal tarea se realizó a través de los principales autores en dichos temas y de la extensa doctrina que al respecto ha estructurado la Corte Constitucional en sus diferentes tipos de sentencias en la vigencia aquí planteada para el estudio.

³² Tales como: sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las EPS y de las IPS, integración vertical patrimonial entre EPS e IPS, independencia técnica y administrativa de tales entidades e instituciones, contenido del POSC, cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización, mora en el pago de aportes y cotizaciones, planes adicionales de salud-preexistencias, reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional y reconocimiento y pago de licencias de maternidad. Estos temas ya se venían analizando desde el año 1997 en las aulas de clase como casos paradigmáticos en el SGSSS.

³³ Es de aclarar que con referencia a las sentencias citadas en este trabajo se ha señalado la página o páginas que corresponden a cada una de ellas en formato de texto en Word y no en formato HTML. Las sentencias encontradas en formato HTML fueron convertidas a formato de texto en Word para efecto de su paginación.

³⁴ Véase López Medina, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Séptima reimpresión, Universidad de los Andes. Bogotá: Legis, 2009, pp. 167 y ss.

³⁵ Paso denominado por López Medina como “ingeniería reversa”. Ob. cit. p. 170.

³⁶ Algunas sentencias se citan, aun cuando haya sentencias anteriores que han tratado el tema en cuestión, debido a su claridad conceptual o al diáfano resumen que realizan con relación a dicho tema.

Con todo lo anterior, la investigación parte de la siguiente hipótesis: la protección del derecho a la salud es ineficaz por las restricciones que para su satisfacción derivan de la realización de la libertad económica en su dimensión de libertad de empresa³⁷. Según la hipótesis anterior, el problema que radica en la constante negativa por parte de las entidades que deben reconocer y autorizar los contenidos del POSC³⁸ tendría un alto origen en la prevalencia de la libertad de empresa de las EPS e IPS sobre el propio derecho a la salud. Ello conllevaría a que el derecho a la salud no se garantice realmente o se garantice sólo en parte³⁹. Se pretende, entonces, a través de la presente investigación, darle una respuesta a la precitada hipótesis siguiendo el planteamiento y plan de trabajo que a continuación se expone:

- El derecho a la salud en Colombia se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991, en el marco de los derechos sociales, como un servicio público garantizado por el Estado, pero que puede ser prestado por particulares o por entidades públicas.
- Las múltiples acciones de tutela con referencia a la negativa de las entidades administradoras del régimen contributivo del SGSSS del SSSI con relación al POS demuestran la alta vulnerabilidad y vulneración de derecho fundamental a la salud en Colombia.
- La vulneración y la negativa constante del cumplimiento integral del POS

³⁷ En consecuencia, tal hipótesis se encuentra orientada a la demostración de que el derecho al POS, por tanto el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo del SGSSS, es ineficaz debido a prevalencia de la libertad de empresa sobre el derecho a la salud en muchas de las colisiones presentadas entre tales derechos. Prevalencia que se puede ver materializada en las decisiones de las entidades involucradas cuando interponen múltiples y variadas barreras de acceso a sus afiliados. Por ello, el método utilizado, a más de ser el analítico-jurídico, será el inductivo, ya que se partirá de los casos de colisión presentados entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica, y de allí, se hará la respectiva generalización a fin de demostrar la hipótesis citada.

³⁸ Tales como: medicamentos, citas médicas, cirugías, diagnóstico, intervenciones, hospitalización, prestaciones económicas, rehabilitación y demás componentes del POSC.

³⁹ Como consecuencia de ello serían las múltiples decisiones a favor de los usuarios que diariamente tienen y han tenido que recurrir a la protección por vía de la acción de tutela de su derecho *fundamental* a la salud.

por parte de las entidades administradoras o prestadoras del SGSSS en su régimen contributivo podría deberse primordialmente a la prevalencia del derecho a la libertad de empresa sobre el derecho a la salud en muchas de las colisiones presentadas entre tales derechos.

- Por ende, el derecho a la salud sería ineficaz debido, entre otras causas, a las restricciones que para su satisfacción derivan de la realización de la libertad económica en su faceta de libertad de empresa.

PRIMERA PARTE

ANÁLISIS DE CONCEPTOS BÁSICOS

1. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD

Con el fin de abordar el tema del derecho a la salud, se hará un breve recorrido por las consideraciones que de la salud y del derecho a la salud se han estructurado por diferentes actores del tema, en especial por los organismos encargados de tal temática a nivel regional y mundial⁴⁰. Dicho recorrido conlleva el análisis de la evolución, tanto del concepto de salud como la evolución del derecho a la salud⁴¹. Derecho que para efectos de la investigación y como premisa inicial del presente trabajo se considerará como fundamental.

Así, entonces, se hará el citado análisis partiendo de los conceptos generales de la salud y del derecho a la salud, para llegar finalmente al análisis de las consideraciones planteadas en nuestro ordenamiento jurídico sobre tal derecho.

En especial se analizarán en detalle los conceptos jurídicos y de la jurisprudencia que sobre el tema de la salud, del derecho a la salud y de su iusfundamentalidad o no, ha estructurado la Corte Constitucional en sus sentencias de constitucionalidad, de unificación y de revisión de tutela en lo corrido desde 1992 hasta 2008⁴².

⁴⁰ Organización Mundial de la Salud (OMS), Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización Internacional del Trabajo (OIT), Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), entre otras.

⁴¹ Basados en la constitucionalización del derecho a la salud en la Constitución de 1991.

⁴² Para tal efecto se tomarán en especial las consideraciones jurídicas planteadas en las sentencias de revisión de tutela T-860 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras. Igualmente, las sentencias SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y la SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras. En los temas que sean necesarios se hará referencia a algunas sentencias de la Corte Constitucional del año 2009 o del 2010 con el fin de actualizar dicha temática.

1.1 CONCEPTO DE SALUD

La delimitación del concepto de salud no es, ni ha sido pacífica⁴³. El concepto de salud ha sido enfocado de acuerdo con las propias condiciones históricas de los pueblos, así como de las características propias de las instituciones que han tratado de abordar tal conceptualización. Por ello las preguntas necesarias de partida serían: ¿de qué se trata, cuando se habla de salud? ¿De qué salud se habla? En consecuencia, cuando se habla de salud, ¿cuál es la salud que se debe garantizar y proteger por el Estado?

A continuación se tratará de dar respuesta a tales interrogantes y claridad conceptual a dichos temas.

1.1.1 Evolución del concepto de salud. De acuerdo con Vergara Quintero⁴⁴, el concepto de salud ha transitado por tres etapas históricamente determinadas: la concepción tradicional, la concepción moderna y la concepción posmoderna.

La concepción tradicional realiza, según la autora, un recorrido por las concepciones acerca de la bipolaridad salud-enfermedad⁴⁵. Luego por el

⁴³ En esto coinciden la mayoría de los autores consultados. Lo cual puede deberse al alto grado de subjetividad que lleva consigo el término *salud* y a las condiciones históricas y sociales en las cuales se ha construido.

⁴⁴ Véase documento de María del Carmen Vergara Quintero: “Tres Concepciones Históricas del Proceso Salud- Enfermedad. Hacia la Promoción de la Salud” *Revista Científica*. n°. 5, enero-diciembre de 2007, Vol. 12, pp. 41-50. Universidad de Caldas. Versión electrónica disponible en: [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_4.pdf], p. 41-50.

⁴⁵ Que se fundamenta en la existencia de dioses que curaban y en las virtudes mágicas de encantamientos y hechizos. El concepto de salud comienza con una estrecha relación bipolar entre enfermedad e individuo. Salud consistía en no estar enfermo, pero la noción de enfermedad partía de una concepción mágico-religiosa, por tanto, la enfermedad obedecía “al castigo divino, a la ira de los dioses, los malos espíritus” (expresión citada por G. Ramos S. en presentación en Adobe Reader, titulada *El Concepto de Salud-Enfermedad*, tomada de [http://viref.udea.edu.co/contenido/apuntes/gusramon/activ_salud/02-salud-enfermedad.pdf]). La enfermedad es un castigo por el comportamiento inmoral de las personas y es una consecuencia por la falta de cierta armonía con el orden cósmico del que es parte. Gutiérrez C. se refiere a que esa visión popular de la enfermedad como castigo se presenta actualmente en el caso de los pacientes afectados por el sida, a los cuales se les rechaza y se trata de mantener alejados. Véase Gutiérrez C; Luz Helena y otro. *El Derecho a la Salud*. Primera edición, Medellín, Señal Editora, 2000, p. 41.

naturalismo hipocrático, que rechazaba la doctrina de la estructura sobrenatural de la enfermedad⁴⁶. También por el posterior influjo religioso en dicha relación. Así mismo, desde el ulterior interés natural por el cuerpo humano hasta el paso de los aspectos biológicos de la enfermedad, y de allí a la identificación de aspectos económicos, sociales y políticos relacionados con la salud y el advenimiento de la revolución industrial⁴⁷. Luego vendría la teoría de la unicausalidad; también la de evolución del modelo causal simple hacia el modelo epidemiológico clásico. Después se desplazaría la concepción biológica de la salud a la idea de salud como un factor de desarrollo. Finalmente, se llegaría en esta etapa hasta el concepto de campo de salud⁴⁸.

La autora en cita se refiere a que la concepción moderna se inicia con los estudios de la salud desde las representaciones sociales que tienen los individuos y la sociedad en general⁴⁹.

Con relación a la concepción posmoderna, la autora hace una interesante relación de la dicotomía salud-enfermedad con aspectos de tipo epistemológico con base en los planteamientos de Foucault, señala Vergara Quintero que los conceptos “salud” y “enfermedad” pueden ser redimensionados “mediante la construcción de nuevas posiciones desde el lenguaje de las sociedades, pues se concibe el lenguaje como el centro del proceso de conocer, actuar y vivir”⁵⁰.

⁴⁶ La enfermedad sería entendida como “una alteración morbosa del buen orden de la naturaleza”.

⁴⁷ “La salud en principio se entendió como lo contrario de enfermedad, y pensar una acción de salud suponía atender ciertos malestares que impedían el desarrollo de una vida *normal*, en este proceso solo acudía el que conocía de males y los trataba en la reserva de un cuarto sin luz; pero con la llegada del tren y la máquina a vapor y la dedicación de la tierra para la producción de materias primas procesables en las máquinas y transportables en los trenes, trajo consigo nuevos malestares y dolencias, nuevos habitantes de nuevas *ciudades*, donde ya no solo se divertían comprando en las tiendas, ahora se morían de hambre, con problemas de respiración, en medio de olores fétidos que salían de todos los espacios *públicos*.” Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Derechos Económicos Sociales y Culturales. *Derecho a la salud*. Tomado de [http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=71].

⁴⁸ El cual señala que la salud se encuentra determinada por factores que se pueden reunir en cuatro grandes grupos: estilo de vida, medio ambiente, organización de la atención de la salud, y biología humana.

⁴⁹ Aun cuando, en la práctica, afirma Vergara, parece seguir predominando el modelo biomédico.

⁵⁰ Ob. cit, p. 48.

Aun cuando la autora trata la bipolaridad salud-enfermedad como eje de su documento, para efectos de la investigación se destaca del mismo el carácter histórico que se le da al concepto de salud. Éste se enmarca en las creencias sociales, mas también en los adelantos de la ciencia; en consideraciones biológicas, pero igualmente en consideraciones multifactoriales⁵¹. De allí que el concepto sea dinámico y que deba ajustarse a los pactos sociales sobre su contenido⁵².

Desde otra perspectiva de categorías de evolución del concepto de salud se propone las siguientes: (i) La *bipolaridad* salud-enfermedad como concepto individual y como concepto colectivo, ambos basados en la noción de que salud era no estar enfermo⁵³. (ii) La salud como un estado normal de las funciones

⁵¹ Gómez Gallego se refiere a que las categorías salud y enfermedad son realidades históricas, variables, temporales, las cuales dependen de las interrelaciones con sus congéneres, la sociedad, la naturaleza, la forma de adquirir y distribuir riqueza. Véase, Gómez Gallego, Rocío. *La dignidad humana en el proceso de salud-enfermedad*. Colección textos de la salud. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 247. Emilio Quevedo V., citado por Henao W; afirma en su escrito la “Relación Salud-Enfermedad” que sobre la salud y enfermedad han manejado las ciencias y la práctica médica y de sus relaciones históricas-epistemológicas con las estructuras metodológicas y conceptuales adoptadas por la medicina a comienzos de la modernidad, continúan perviviendo en el trasfondo de las concepciones actuales y se constituyen en los obstáculos epistemológicos por excelencia que impiden la superación del biologismo y el funcionalismo, para la elaboración de una teoría del proceso salud, enfermedad como verdadera realidad social. Véase Henao W; Miriam. *Salud para la calidad de la vida*. Bases para un plan nacional de ciencia y tecnología de la salud. Programa nacional de ciencia y tecnología. Colciencias. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1993, p. 312.

⁵² Según Talavera⁵², parece estar consensuada la definición de la OMS publicada en su formulación de objetivos de la estrategia de *Salud para Todos en el siglo XXI*, donde se refiere a la salud “... como aquello por conseguir para que todos los habitantes puedan trabajar productivamente y participar activamente en la vida social de la comunidad donde viven”. Pero, la pregunta lógica sería: ¿qué es aquello por conseguir? Precisamente allí se encuentra la indeterminación conceptual de la salud. Por ende, del propio derecho a la salud. Véase *El concepto de salud. Definición y Evolución*. Marta Talavera. Tomado de: [www.unal.edu.co/.../EL%20CONCEPTO%20DE%20SALUD.doc]. En tal sentido la pregunta de fondo para Colombia, sería: ¿cuál podría ser el concepto de salud, en nuestro actual Estado social de derecho, bajo las condiciones actuales de nuestro país? Más abajo se tratará de hacer una aproximación general a tal pregunta.

⁵³ Por tanto, es la noción de enfermedad la que transversaliza su desarrollo, desde las concepciones mágico-religiosas, la teoría naturista del cuerpo humano, la etapa del *contagionismo* –la enfermedad obedecía a factores internos (humor) y externos (clima y estaciones)–, las versiones *anatomoclínica* –basadas en la relación cuerpo-órgano–, y posteriormente en la versión *fisiopatológica* –medio físico–. También, transversaliza el concepto de enfermedad como desequilibrante –el modelo griego determina un *paradigma antiguo galénico*, en el cual la salud era el concepto equilibrante, la enfermedad era el factor desequilibrante derivado de causas externas (alimentación, medio ambiente) y de causas internas (condición individual)–, la visión *Clínica* –en un paradigma moderno, los empiristas describen el nexo

orgánicas y psíquicas. Conceptualización de la salud, ya no ligada a la enfermedad sino como el estado normal de las funciones orgánicas y psíquicas⁵⁴. (iii) La salud como un estado de equilibrio y sanidad del organismo. La salud no es solo un estado normal de las funciones orgánicas y psíquicas sino un estado armónico y de sanidad del organismo como un todo en equilibrio⁵⁵. (iv) La salud como un estado de completo bienestar. La concepción de la salud, ya no sólo como un estado de equilibrio y de sanidad del organismo sino como el estado de completo bienestar del individuo. Conceptualización que contiene elementos físicos, psíquicos y metales, pero también elementos teóricos y utópicos de desarrollo personal⁵⁶. (v) La salud como la posibilidad del individuo de lograr el mayor desarrollo de su personalidad y de su capacidad de funcionamiento⁵⁷. (vi) La salud como visión

fenómeno-enfermedad y agrupan las enfermedades en especies–, la visión *anatomopatológica* –las enfermedades son descritas como agudas (epidémicas, higiene pública) o como crónicas (estilo de vida, higiene privada)–, la teoría de la *unicasualidad* – la relación salud-enfermedad es presentada como un fenómeno ligado a las condiciones generales de vida de la población–, y a la teoría de la *multicasualidad* – hace depender la relación salud-enfermedad del equilibrio entre el agente, el huésped y el medio ambiente–.

⁵⁴ Cfr. Lediche, 1937: “La salud trata de la vida en el silencio de los órganos”. Citado por Talavera. Ob. cit. Tal concepto aún se mantiene en referencia al individuo, sin relación con otros determinantes sociales o ambientales. En un estado intermedio entre la bipolaridad salud-enfermedad y estado de equilibrio y sanidad del organismo podría situarse la caracterización que Cortés hace en relación con la *Tarea del Médico Legista* al señalar que: “... El médico legal trabaja con los conceptos de salud y enfermedad: buen estado de salud o estado de salud normal, son apreciados y determinados por el médico con los elementos que le ofrece su ciencia, lo que le permitirá definir si existe un equilibrio entre ese estado y las funciones vitales normales; si tal equilibrio se ve comprometido o perturbado podrá hablar de enfermedad o de estado de enfermedad”. Cfr. Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia, primera edición, Bogotá: 2009, p. 143.

⁵⁵ El higienista francés Désiré Mérien afirma: “El estado de salud puede ser concebido como un conjunto de actividades armoniosas de los órganos y de las funciones del cuerpo. Es un equilibrio total que raramente es percibido por las personas con buena salud.” Véase *Suplemento Enciclopédico* el boletín para afiliados a Puertas Abiertas titulado “Los Fundamentos de la Higiene Vital”, 1979.

⁵⁶ Concepto que coincide con la definición de salud dada por la OMS, 1946. “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades. En 1992 un investigador agregó a la definición “y en armonía con el medio ambiente”. Véase definición de los revisionistas. Milton Terris, 1987. Citado por Patricia Gálvez E. En presentación del 8 de agosto de 2008. *Conceptos Generales de Salud Pública*. Disponible en [<http://www.slideshare.net/NutPatty/conceptos-generales-de-salud-pblica-presentation>].

⁵⁷ Noción que corresponde a la definición dada en el Protocolo de San Salvador, 1988, como “el disfrute del más alto nivel de bienestar físico y mental”. También denominada como concepto dinámico. Véase Luis Salleras, 1985, quien rechaza el concepto de la OMS por considerarla utópica, estática y subjetiva. Citado por Gálvez en la presentación referida. Cortés se refiere a que la integridad psicofísica desde el

integral e integradora⁵⁸, en la cual el individuo debe tener la posibilidad de desarrollar al máximo su personalidad y capacidad, no sólo bajo determinantes biológicos sino también bajo determinantes adecuados de tipo ambiental, de excelentes servicios de salud y de adecuadas condiciones sociales y culturales⁵⁹.

En el marco de la evolución propuesta aparecen las definiciones que relacionan la salud con el ambiente en que se desenvuelve el individuo⁶⁰, los conceptos integradores⁶¹ y lógicamente los conceptos holísticos⁶² y eclécticos⁶³ de la salud.

punto de vista médico-biológico es una unidad, un conjunto que se traduce en la versatilidad general del individuo para desarrollar cualquier actividad, en cualquier momento. Ob. cit, p. 143.

⁵⁸ Cortés, refiriéndose al tema del *daño a la salud*, señala que "... tal concepto de tipo jurídico y no médico tiene un alcance más amplio que el concepto de *daño biológico*, pues mientras el daño biológico se refiere a los aspectos anatómicos y fisiológicos de la persona, *el daño a la salud*, además de referirse a ellos, tiene que ver con las manifestaciones generales del bien salud, como bien necesario para una correcta expresión de la persona en la comunidad en que vive". Véase Ob. cit, p. 22. Desde esta perspectiva, la concepción del daño a la salud coincide plenamente con la concepción de la salud desde una visión integral y no sólo de tipo biológico, considerada en términos no sólo de individualidad sino también de integración social.

⁵⁹ En Sentencia T-307 de 2006, se determinó: "6.- La salud como concepto integral incluye no sólo aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales". M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 19.

⁶⁰ Cfr. René Dubos, 1959. Citado por Gálvez y por Talavera. Conceptúa Dubos que la salud es: "El estado de adaptación al medio y la capacidad de funcionar en las mejores condiciones en este medio" y que "Salud es un estado físico y mental razonablemente libre de incomodidad y dolor, que permite a la persona en cuestión funcionar efectivamente por el más largo tiempo posible en el ambiente donde por elección está ubicado".

⁶¹ Como el de Herbert L. Dunn (1959) citado por Talavera. Define Dunn que la salud es "Un alto nivel de bienestar, un método integrado de funcionamiento orientado hacia maximizar el potencial de que el individuo es capaz. Requiere que el individuo mantenga un continuo balance y dirección con propósito dentro del ambiente en que está funcionando. Comprende tres dimensiones: orgánica o física, psicológica y social. El ser humano ocupa una máxima posición en las tres dimensiones para gozar de buena salud o tener alto grado de bienestar, lo cual dependerá en gran medida del ambiente que lo rodea".

⁶² Como que "La salud es aquella manera de vivir que es autónoma, solidaria y profundamente gozosa". Perpiñán, 1978. Citado por Talavera.

⁶³ Considera la salud "como un estado de salud-enfermedad dinámico, variable, individual y colectivo, producto, también dinámico y variable, de todos los determinantes sociales y genéticos-biológicos-ecológicos que se originan en la sociedad, se distribuyen socialmente y se expresan en nuestra biología" (San Martín y Pastor, 1988). Concepto citado por Talavera en la obra referida. Así mismo, Arango Londoño afirma que "la salud es el resultado de un proceso sutil y continuo de adaptación del ser humano a un ambiente en constante transformación". Véase Arango Londoño, Gilberto. *Estructura económica colombiana*, novena edición, Bogotá: MC Graw Hill, 2000, p. 478.

Como vital en el desarrollo evolutivo del concepto salud, por lo menos desde lo teórico, se cita el cambio conceptual que va desde la noción enfermedad-curación hasta el concepto de la promoción de la salud y de la prevención de la enfermedad. En general, un especial debate se ha dado entre los conceptos de salud curativa o de salud preventiva⁶⁴. Precisamente, el tema de la promoción de la salud, tanto individual como de la salud colectiva o pública, fue ampliamente determinado en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el día 21 de noviembre de 1986, de allí surgió la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud⁶⁵.

En nuestro ordenamiento el concepto de promoción de la salud parte de la propia Constitución Política en cuando estipula que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad⁶⁶. El numeral 3º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 también es enfático en determinar el fomento de la salud y la prevención como una fase esencial de la atención en

⁶⁴ La visión holística e integral de la salud ha llevado necesariamente al cambio paulatino desde el enfoque curativo hacia un enfoque preventivo. Prevención que, por lo menos en teoría, debe ahorrar al Estado, a las comunidades y a las personas tiempo y dinero, al precaver la enfermedad y evitar los altos costos de los procesos curativos. La promoción de la salud ha sido entendida como "... el proceso que permite a las personas incrementar el control sobre su salud para mejorarla". Véase Promoción de la Salud. *Glosario. Organización Mundial de la Salud*. 1998, p. 10. Véase también la Declaración de la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud de Santafé de Bogotá, 1992 y la 48 Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud, "Nuevos Actores para una Nueva Era", Yakarta, Indonesia, 1997.

⁶⁵ La promoción de la salud, según la Carta, consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. La promoción busca trascender la concepción sanitaria y curativa de la salud hacia la concepción preventiva y de manejo adecuado de los factores condicionantes de la salud. Véase también *Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad, Atención Primaria en Salud y Plan de Atención Básica. ¿Qué los acerca? ¿Qué los separa?* Consuelo García Ospina y Ofelia Tobón Correa. Hacia la Promoción de la Salud. Revista Científica. n.º 5, enero-diciembre de 2000. Universidad de Caldas. Versión electrónica. Disponible en [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=46&Itemid=5]. Igual, véase el *Informe de la Salud en el Mundo 2008: La Atención Primaria en Salud, más necesaria que nunca*, OMS, 2008. Del cual se destaca la concepción de una APS renovada que permita mejorar la equidad sanitaria, conseguir unos sistemas de salud centrados en la persona, promover y proteger la salud de las comunidades y mayor confiabilidad en las autoridades sanitarias que permitan finalmente reorientar los sistemas sanitarios hacia la salud para todos; p. 11 del informe.

⁶⁶ Véase inciso final del artículo 49 de la Constitución Política de 1991.

salud⁶⁷. La promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la salud familiar se constituyen en alternativas y estrategias adecuadas de los modelos de salud de tipo integral para el desarrollo de la salud de los individuos y las comunidades⁶⁸.

1.1.2 Concepto de salud en la legislación y jurisprudencia constitucional colombiana. El concepto de salud en la legislación constitucional e infraconstitucional en Colombia no existe, debido, lógicamente, a las técnicas de enunciación normativa de las reglas constitucionales no aparece referencia alguna al concepto de salud. La enunciación lapidaria y abierta de las normas constitucionales, por supuesto, no lo permite, ni sería conveniente. De hecho, las referencias constitucionales a la salud se hacen en términos de la *atención en salud*, los *servicios de salud* o el derecho a la salud, en el caso de los niños⁶⁹.

En lo concerniente a la legislación y desarrollo normativo del derecho a la seguridad social y del derecho a la salud, igualmente, no se hace referencia alguna al concepto como tal de salud. De hecho, la Ley 100 de 1993 y la Ley

⁶⁷ Los hábitos de vida saludable, los entornos saludables y los servicios de salud *saludables* hacen parte del componente de promoción de la salud. Las inmunizaciones, la citología vaginal y manejo de diabetes, son ejemplos, respectivamente, de la prevención primaria, secundaria o terciaria de prevención de la enfermedad. Véase Presentación. *Prevención vs Promoción de la Salud*. Restrepo, Helena E. Disponible en HTML: [<http://74.125.47.132/search?q=cache:vMtSolGqVSUJ:medicina.udea.edu.co/SYS/paginaweb/Documentos%2520006/PvvsPm.ppt+promoci%C3%B3n+de+la+salud&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>]. En el mismo sentido véase, entre otros, la Ley 691 de 2001, el artículo 46 de la Ley 715 de 2001. Las resoluciones 5165 de 1994, 03997 y 04288 de 1996, y la Resolución 412 del 2000 del entonces Ministerio de Salud. Los decretos 1485 y 1891 de 1994, 2357 de 1995, 1283 de 1996, el Decreto 806 de 1998 y la Ley 1122 de 2007. Los Acuerdos 008 de 1994, 117 de 1998 y 229 de 2002 del CNSSS. El Acuerdo 008 de 2009 de la CRES, corregido por el Acuerdo 014 de 2010 de la CRES.

⁶⁸ Roldán I. Elvira, afirma en la monografía *La salud en Colombia* que en el sistema de salud colombiano la atención curativa prevalece sobre la preventiva, y las instituciones de alto nivel sobre las del nivel primario. Véase Boletín del Dane n.º 244, p. 489. En tal sentido se podría preguntar: ¿ha permanecido vigente el concepto de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad en Colombia?, ¿ha sido eficaz el modelo de fomento de la salud y prevención de la enfermedad? O ¿se mantiene aún el modelo de atención curativa o paliativa o modelo basado en la enfermedad y no en la salud?, ¿debe cambiarse el actual modelo de seguridad social en salud colombiano por un modelo basado en una renovada atención primaria en salud? Las respuestas a tales preguntas desbordan el ámbito del presente trabajo, pero podrían ser parte de otra investigación.

⁶⁹ Véase los artículos 44, 49 y 50 Constitución Política.

1122 de 2007 no se refieren al concepto de salud, por tanto, tampoco a su contenido. Sí se refieren a los términos *atención en salud, servicio público de salud, servicio público esencial de salud, servicio de interés público y Sistema General de Seguridad Social en Salud*. En cuanto a los decretos reglamentarios, acuerdos del CNSSS, acuerdos de la CRES, circulares de la Supersalud y resoluciones del MPS se refieren solo a los conceptos generales, en especial al concepto de SGSSS.

Con relación al concepto de salud, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentra definido como el estado “*en que el ser orgánico humano ejerce normalmente todas sus funciones*”⁷⁰, o como el ya referido en la Sentencia T-307 de 2006: “*la salud como concepto integral incluye no sólo aspectos físicos sino también aspectos psíquicos, emocionales y sociales*”. De ambas consideraciones se resalta su coincidencia con los conceptos integradores de la salud⁷¹.

⁷⁰ Véase la Sentencia T-341 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 9.

⁷¹ Sin embargo, en la primera, el término *ser orgánico humano* es muy ambiguo. Podría equivaler a las primigenias definiciones de la salud en cuanto se refieren a las funciones orgánicas, pero también podría equivaler a la connotación del ser humano entendido en su integralidad. De la segunda, es clara su concepción holística e integral de la salud y de los factores condicionantes de la misma. De su parte, la Sentencia T-271 de 1995 se había referido no a la salud sino al concepto de enfermedad. La determinaba como un concepto dinámico que no corresponde sólo a la afectación biológica o a una simple referencia de carácter fisiológico, ya que está implicado históricamente y unido a condicionamientos culturales, sociales y económicos. Por tanto, concibe, desde el concepto de enfermedad, el concepto dinámico de la salud. Relaciona la bipolaridad salud-enfermedad con factores ambientales e históricos, lo cual permite deducir un concepto de salud determinado por factores no sólo biológicos sino también por condicionantes culturales, sociales y económicos, dándole a sendos conceptos connotaciones históricas específicas y, desde luego, cambiantes según las circunstancias históricas y sociales. M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 18. En todo caso el concepto de salud como un estado de completo bienestar implica una alta indeterminación por la subjetividad relacionada con tal concepto. En consecuencia, se da paso a la conceptualización de la salud como la posibilidad del individuo de lograr el mayor desarrollo de su personalidad. Por tanto, una visión integral de la salud estará determinada por una serie de factores que interactúan y condicionan de manera positiva o negativa la salud del individuo o la salud de un grupo de individuos o de una sociedad específica. Al respecto, Ware (1986, 389), citado por Weiss, identifica seis orientaciones básicas del concepto de salud: función física, salud mental, salud social, función laboral, percepción general de la salud y síntomas. Según tal autor, el precitado conjunto de funciones constituyen la definición sociológica de salud. Véase Weiss, Gregory L. *The Sociology of Health, Healing and Illness*. Fifth edition. New Jersey: Linne E. Lonnquist copyright, by Pearson Education, 2006, p. 190. Según la propia OMS, los factores determinantes de la salud son: los biológicos o relacionados con la biología humana. Los relacionados con el medio ambiente en el cual vive el individuo, los estilos de vida o sociales

A continuación, entonces, se analizarán los componentes del concepto de salud desde una concepción sistémica e integral.

1.1.3 Componentes del concepto de salud. Hacia una concepción integral y sistémica. La visión integral de la salud se fundamenta especialmente en los conceptos referidos a la noción de acto médico y a los principios de integralidad y, por supuesto, de continuidad.

El acto médico constituye una especial relación jurídica y humana, con derechos y deberes para ambas partes e incluye no sólo al médico y al paciente⁷², sino también a toda la organización de servicios de salud, en el caso del SGSSS incluye las EPS, las IPS y, obviamente, los profesionales de la salud. Igual, incluye todas y cada una de las fases de intervención y el cubrimiento de las contingencias desde una visión integral del concepto de salud. Por ende, igualmente, los principios de integralidad⁷³ y de continuidad⁷⁴.

y los propios servicios de salud y sanitarios. Por ello, una visión holística e integral de la salud debe considerar especialmente los factores determinantes y los componentes del concepto de salud.

⁷² El acto médico se encuentra íntimamente ligado a la relación médico-paciente. El artículo 4º de la Ley 23 de 1981 estipula: “la relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico”. De un parte, contempla la relación especial de tipo humano entre dos o más personas. De otra, se presenta la relación jurídica contractual y ética que se crea entre ambas partes, de la cual se derivan claros derechos y deberes para éstas: el médico que se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, pero sin garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo; y el paciente que básicamente se compromete a cuidar su salud y la de los demás, a comunicar en forma oportuna, clara, veraz y completa las circunstancias relacionadas con su estado de salud y los hechos o situaciones causantes de su deterioro. Véase Redondo Gómez, ob. cit; p. 249-250.

⁷³ Entendidos como: “... la obligación de prestar una atención integral en salud dado el concepto de vida plena [...] En efecto, la Corte ha aludido al derecho a la salud como un concepto integral que implica su garantía en las facetas preventiva, reparadora y mitigadora y que incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales...”. Sentencia T-443 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. pp. 11-12. Igualmente la Sentencia T-217 de 2008 refirió: “Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional en el siguiente sentido: la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al Sistema de Seguridad Social en Salud son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para

En efecto, la visión integral del concepto de salud presenta, en concordancia con el concepto de acto médico, claras fases de intervención, a saber: promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico médico⁷⁵, tratamiento integral⁷⁶ y rehabilitación⁷⁷. Esta es una concepción amplia del concepto de acto médico, no sólo determinado en el contacto médico-paciente sino en las múltiples acciones y actividades que estructuran la salud y el derecho a ésta como un todo integral.

Igualmente, la visión integral de la salud se encuentra supeditada a unos claros determinantes de la misma, así: biológicos, ambientales, servicios de salud y sociales. El enfoque de los determinantes ha dado una connotación importante a la visión integral de la salud. La salud de las personas y de las comunidades no sólo depende de factores meramente biológicos y de los servicios de salud existentes, sino también, y en forma importante, de las condiciones ambientales, muy especialmente de las condiciones sociales en que viven y

mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones”. M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 6.

⁷⁴ Referido como: “... el principio de continuidad es el deber del Estado en la prestación eficiente de los servicios de salud...”. Sentencia T-807 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 3.

⁷⁵ De acuerdo con José Díaz Novás, Bárbara Gallego Machado y Aracelys León González, el diagnóstico es: “una de las tareas fundamentales de los médicos y la base para una terapéutica eficaz. En sí mismo no es un fin sino un medio, e indispensable para establecer el tratamiento adecuado.” *El diagnóstico médico: bases y procedimientos*. La Habana, Cuba, 2006, tomado de Tomado de: [http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol22_1_06/mgi07106.htm].

⁷⁶ Íntimamente conexo con el principio de integralidad, se ha determinado por la jurisprudencia constitucional que: “10. En suma, para la Corte los usuarios del SGSSS, bien sea en el régimen contributivo o en el subsidiado, tienen derecho a que sus Entidades Promotoras de Salud les presten un tratamiento integral durante la etapa preventiva de una enfermedad, en el curso de una patología y hasta lograr mejorar o restablecer su estado de salud... el cumplimiento del principio de integralidad en la prevención, diagnóstico y tratamiento de una enfermedad comprende la prestación de todos los servicios médicos, procedimientos o medicamentos necesarios para mejorar la salud de los pacientes.”. Sentencia T-217 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 8.

⁷⁷ “La Rehabilitación es un proceso global y continuo de duración limitada y con objetivos definidos, encaminados a promover y lograr niveles óptimos de independencia física y las habilidades funcionales de las personas con discapacidades, como así también su ajuste psicológico, social, vocacional y económico que le permitan llevar de forma libre e independiente su propia vida...” *Medicina de Rehabilitación. Conceptos Básicos en Rehabilitación*. Doctora Solangel Hernández Tápanes. Infomed Red Telemática de Salud,

Centro Nacional de Información de Ciencias Médicas, República de Cuba. Medicina de Rehabilitación en Cuba. Tomado de [http://www.sld.cu/sitios/rehabilitacion/temas.php?idv=615].

laboran las personas y las comunidades⁷⁸. Lo anterior reitera que la salud tiene actualmente una connotación más amplia respecto de los modelos tradicionales⁷⁹. Por ende, sus componentes se amplían. En ese contexto la solidaridad social se redefine en función de la visión integral de la salud, ella es responsabilidad de todos⁸⁰.

El enfoque social de la salud relaciona directamente el concepto de salud, desde una visión integral, con el concepto del derecho a la seguridad social, como conceptos conformados y determinados por múltiples factores y condicionantes, interrelacionados entre sí e igualmente influyentes entre ellos, y que podría denominarse, en comienzo, como la conceptualización integradora y sistémica de los derechos sociales, pero probablemente útil como teoría para todos los derechos.

Dentro de la concepción integral y sistémica de los derechos sociales, en especial del derecho a la seguridad social⁸¹ y del derecho a la salud, los componentes individuales de cada uno de ellos se encuentran estrechamente relacionados, de tal forma que si un componente es ineficaz, el todo también sería ineficaz. De la misma manera, significa que un derecho que puede tener

⁷⁸ Precisamente en el marco de los *Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)* se muestra que sin logros significativos en la reducción de la pobreza, la seguridad alimentaria, la educación, el empoderamiento de las mujeres y la mejora de las condiciones de vida en los barrios pobres, muchos países no alcanzarán las metas de salud. Véase *Objetivos de Desarrollo del Milenio*.

⁷⁹ Toni Bárbara expresa al respecto de los condicionantes sociales: "... Las cosas realmente importantes y determinantes en salud son --más que las atenciones personales-- las condiciones sociales, económicas, laborales, medio ambientales y culturales...". *Sobre los determinantes en salud*. 2008. Tomado de [<http://angelsmcastells.nireblog.com/post/2008/05/23/toni-barbara-sobre-determinantes-de-la-salud>].

⁸⁰ Según Miranda Talero, se refería a que la solidaridad no es sino el resultado de un proceso evolutivo del hombre que seguramente tendrá una mayor trascendencia en el futuro de la humanidad, pero que actualmente es una nueva forma de manifestación de la capacidad de unificación y colectivización, que se ha venido desarrollando en los últimos tiempos. El mismo autor cita a León Duguít así: "el hombre tiene conciencia clara de su sociabilidad, de la solidaridad social. De tal solidaridad social o interdependencia nace el derecho". Véase Miranda Talero, Alfonso, *El derecho de la Seguridad Social*. 1ª edición, Bogotá: Colección Profesores n.º 16. Fundación Cultural Javeriana, 1995, p. 290.

⁸¹ Entendido como derecho inalienable del ser humano a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral para él y para la comunidad en general. Artículo 1º del Código Iberoamericano de Seguridad Social. Sobre el concepto del derecho a la seguridad social, véase a Ruiz Moreno, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. México: Editorial Porrúa, 2008.

como componente a otro derecho, a su vez puede éste ser componente de aquél. Así mismo, que sin la eficacia de los derechos sociales no podrían ser eficaces los derechos de libertad y defensa⁸², y de ningún modo serían eficaces los derechos colectivos; sin la eficacia de estos, tampoco lo serían aquéllos⁸³.

En fin, la salud se convierte en un tema sistémico, social y colectivo. Un tema de salud, entendido integralmente no sólo como una problemática de servicios de salud sino también de salud mental, espiritual, reproductiva, ocupacional, social, tanto desde la perspectiva individual como desde la colectiva y pública⁸⁴, y en relación directa con otros derechos y deberes constitucionales.

1.1.4 Hacia una propuesta integral del concepto de salud. Según Vélez Arango⁸⁵, el concepto de salud, en el marco actual del Estado social de derecho se relaciona con la *“necesidad de contar con unas condiciones de bienestar del individuo, a su derecho a una calidad de vida digna, al acceso a servicios básicos que le garanticen un desarrollo de aquellas libertades fundamentales (capacidades)”*. Consideración que obviamente se comparte con la autora. No se comparte con este documento⁸⁶ es la tesis que se refiere a la imposibilidad de garantizar a la persona la salud perfecta, ni la observancia del derecho a la

⁸² En términos de Costas Douzinas: “... todo derecho existe tan sólo en relación con otros derechos”. Véase Costas, Douzinas. *El fin de los derechos humanos*. Universidad de Antioquia. Medellín: Ed. Legis, 2008, p. 415.

⁸³ En cuanto a los derechos que nos conciernen, si bien el derecho a la seguridad social se integra con otros componentes y derechos, tales como vivienda digna, educación y salud, sólo sería eficaz si los componentes que lo conforman son real y efectivamente garantizados. Se interconectan y se complementan.

⁸⁴ Por ello es de trascendental importancia las acciones encaminadas a fortalecer los derechos a la salud, a la educación y a la vivienda, entre otros, a través de estrategias de Escuela Saludable y Vivienda Saludable con base en los mecanismos integrados en los *Lineamientos Nacionales de para la Aplicación y el Desarrollo de las Estrategias de Entornos Saludables* del los Ministerios de Protección Social, Educación Nacional, de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia y la Organización Panamericana de la Salud de 2006.

⁸⁵ Véase *Nuevas Dimensiones del Concepto de salud: El Derecho a la Salud en el Estado Social de Derecho*. Alba Lucía Vélez. Hacia la Promoción de la Salud. Revista Científica. n.º. 5, enero-diciembre de 2007, Vol. 12. Universidad de Caldas. Versión electrónica. Disponible en: [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_4.pdf]. pp. 63-78.

⁸⁶ Ob. cit., p. 68.

salud como tal. En aras del análisis, sería muy subjetiva la exigencia en abstracto de una salud perfecta, pero en un contexto consensuado e históricamente definido sí se podría determinar el contenido básico del concepto salud. Precisamente, el concepto de salud en el marco de un Estado social de derecho tiene que ser diferente al concepto de salud en el marco de un Estado de derecho liberal.

Si retomamos la característica dinámica de tal concepto, en el marco del principio de progresividad e irreversibilidad⁸⁷, entonces se podría llenar de contenido el concepto salud⁸⁸. La propuesta, obviamente, es por una concepción de salud integral que tenga en cuenta las diferentes dimensiones del ser humano y de la sociedad, que esté basada en premisas de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, antes que en actividades de tipo curativo; una concepción de salud cuyo componente vital sea la comunidad, la salud pública o colectiva. Una salud determinada por factores adicionales a los biológicos y a los físicos, en donde otros determinantes sean tratados con igual o mayor relevancia en la búsqueda del bienestar integral de la persona. Una salud cuya responsabilidad no solo corresponda al médico o a los profesionales de la salud sino a todos y cada uno de los ciudadanos, en especial a quienes tienen la responsabilidad social y política de crear bienestar y calidad de vida. Una salud que, en conclusión, sea igual a la definición general de seguridad social, es decir, a calidad de vida, vida digna y bienestar general.

Por ello, recogiendo las anteriores premisas, se tendrá como concepto de salud, para efecto de la tesis: estado físico, mental, emocional y social que le permite

⁸⁷ Véase el PIDESC y en sus observaciones 3 y 14.

⁸⁸ No sólo llenarlo con contenidos relacionados con servicios de salud sino de otras garantías que lo formen. De todas formas, sería ilógico tener derecho a algo sin que se pueda garantizar la observancia de tal derecho. Si el derecho a la salud existe, entonces hay una relación triádica en donde existe un individuo facultado para exigirlo del Estado, de no ser así, sería una mera declaración de buenas intenciones, pero no se tendría un enunciado normativo vinculante, cosa diferente es que por factores normativos o fácticos el derecho a la seguridad social o el derecho a la salud se torne ineficaz.

al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general.

Por tanto, el concepto de salud tendría como componentes necesarios y básicos para su real garantía y eficacia los siguientes: la garantía de contar con oportunos y efectivos programas de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad; de un diagnóstico médico oportuno y de un tratamiento integral y sin interrupciones innecesarias y de una rehabilitación adecuada e integral, así como de la garantía de servicios de salud oportunos y eficientes⁸⁹.

Por tanto, para responder a las preguntas planteadas inicialmente: ¿De qué se habla cuando se habla de salud? ¿De qué salud se habla?, y cuando se habla de salud, ¿cuál es la que se debe garantizar y proteger por el Estado?, se tendría que afirmar que cuando se trata de salud se habla de un estado pluridimensional de la persona humana que le permite un óptimo desarrollo de su personalidad, de sus capacidades, en un entorno social, igualmente adecuado para tal propósito⁹⁰. El concepto salud es dignidad humana, igualdad material y libertad fáctica⁹¹.

En ese orden de ideas, cuando se trata de salud se debe referir a ésta desde su concepción integral. Por tanto, dicha concepción es la que, en nuestro parecer, debe ser garantizada y protegida por el Estado, así como por las diferentes entidades e instituciones que por delegación de éste se encuentren

⁸⁹ Pero también la salud, en los términos planteados aquí desde la concepción sistémica de los derechos, debe ser integrada por los componentes propios del derecho a la seguridad social para que sea realmente integral.

⁹⁰ En tal sentido, hablar de salud sería hablar de condiciones sociales y laborales, de servicios de salud, condiciones sanitarias, vivienda, alimentación, deporte y recreación, educación, entre otras, que permitan el máximo desarrollo de las potencialidades de cada individuo.

⁹¹ Aquí la igualdad material y la libertad fáctica se tomarán además en los términos referidos por Amartya Sen. Esto es, la concepción del desarrollo como un proceso de expansión de las libertades fundamentales. Exigiendo la eliminación de las principales fuentes de privación de la libertad. En nuestros términos, de los condicionantes sociales y económicos negativos que influyen en la salud de las personas y de las comunidades. Véase Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Ediciones Planeta. Traducción Esther Rabasco y Luis Toharia, Bogotá: 2000, p. 19.

comprometidas con su protección y con la prestación de los servicios de salud. Ese será el concepto de salud que debe proteger y garantizar el Estado para todos los colombianos y las personas residentes en nuestro territorio.

1.2 CONCEPTO DEL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud no siempre ha sido un derecho⁹². Sólo fue hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos que se consagró, precisamente, como derecho humano⁹³.

Se podría afirmar que pese a la consagración del derecho a la salud en la Constitución de 1991⁹⁴, aún se debate su contenido, estructura, iusfundamentalidad y eficacia. Es un derecho en construcción, que ha evolucionado entre los preceptos constitucionales y las normas infraconstitucionales. Un derecho que ha movido grandes sentimientos, al igual que grandes intereses. Por ello, se indagará sobre tal evolución y por sus componentes.

1.2.1 Evolución del concepto de derecho a la salud, a la luz del principio de solidaridad y del concepto de responsabilidad. La evolución del derecho a la salud obviamente va de la mano con la evolución del concepto de salud.

⁹² De hecho, en el marco de la revolución industrial se debatía sobre el derecho a la salud y su formulación con base en tesis naturalistas, manifestando que "... si los derechos naturales dimanaban de la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre, y si la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre impide que se alcance la salud (debido al proceso de envejecimiento, los defectos y trastornos genéticos y otros impedimentos), es evidente entonces que no es intención de Dios que los seres humanos tengan derecho natural a la salud". Según se relata, en la Corporación Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Derechos Económicos Sociales y Culturales. Derecho a la salud. Disponible en: [http://www.colectivodeabogados.org/article.php?id_article=71].

⁹³ Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

⁹⁴ En Colombia, pese a las declaraciones de derechos humanos y de derechos sociales, económicos y culturales vigentes desde 1948 y 1966, respectivamente, el derecho a la salud apenas se positiviza en la Constitución Política de 1991, por medio del citado artículo 49 –actualmente modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009–, entre otros.

Las obligaciones y deberes con relación a dicho tema siguen el decurso de la evolución de los derechos humanos y de los derechos sociales⁹⁵.

Según Arbeláez Rudas⁹⁶, los embriones de los que hoy conocemos como derechos sociales se pueden encontrar en las llamadas “leyes de protección”, que comenzaron a aparecer en Europa occidental durante las dos últimas décadas del siglo XIX⁹⁷. Hasta dichas manifestaciones proteccionistas le correspondió el cuidado de la enfermedad y los servicios sanitarios respectivos, según la época y las condiciones sociales, científicas y técnicas existentes, al individuo, a la familia o la sociedad, esta última como manifestación solidaria, pero no como deber jurídico; tal vez como deber religioso o moral.

A finales del siglo XIX la enfermedad y sus cuidados eran un problema individual⁹⁸, responsabilidad de la propia persona, o quizá de su propia familia o clan. El individuo, la familia o el clan eran responsables de sus propios estados de salud y de buscar los medios de curación de sus enfermedades. La solidaridad era una problemática de ayuda familiar o de grupo con relación a la salud. Una solidaridad de tipo afectivo. La solidaridad familiar o de clan avanza hacia una solidaridad de grupo de personas asociadas por oficios o por artes,

⁹⁵ Aquí se analizará la evolución del concepto del derecho a la salud teniendo como punto de enlace los principios de solidaridad y de responsabilidad. El primero entendido, en coherencia con los conceptos que se han configurado de salud, como: “la vivencia honesta de la fática interdependencia constitutiva que todo sujeto vive, sabiendo que la medida de su libertad y de su bienestar es la medida de la libertad y del bienestar de todos sus conciudadanos y de la sociedad en conjunto”. Véase *Dimensiones críticas de la Filosofía Política. La solidaridad como alternativa. Notas sobre el concepto de solidaridad*. Gabriel Amengual. Universidad Ules Balears, Palma de Mallorca. Documento Disponible en [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-1993-1-EDC02288-AC9D-03F8-48A4-C7CAB120E112&dsID=solidaridad_alternativa.pdf]. El segundo como la determinación de a quién corresponde garantizar, en términos deontológicos, el derecho a la salud.

⁹⁶ Véase Arbeláez Rudas, Mónica. *Derecho a la Salud en Colombia. El Acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Ediciones Antropos. Centro de Investigación y Educación Popular, Cinep, 2006, p. 59. Aquí la autora cita a Paredes, Natalia. *El derecho a la salud: su situación en Colombia*. GTZ, CINEP, Bogotá, 2003, p. 13-14.

⁹⁷ Sobre la evolución de los conceptos de asistencia pública, asistencia social, previsión social, seguro social obligatorio, protección social y seguridad social, entre otros similares, véase Cañón Ortégón, Leonardo. *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. Segunda edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

⁹⁸ “Hasta finales del siglo XIX cada persona era responsable de sí misma en la atención en salud”. Ob. cit.

aun movidos por la solidaridad humana, pero sin garantía vinculante de protección de la salud o del cuidado de la enfermedad.

En la Edad Media, según Dueñas Ruiz⁹⁹, la solidaridad humana y la caridad fueron muy importantes, dado el espíritu de esa sociedad corporativista y católica. La asistencia de los servicios sanitarios y la atención de las personas enfermas, en especial de aquellas de escasos recursos y alta vulnerabilidad, comenzó a ser tema de preocupación de las organizaciones religiosas y de los entes de caridad¹⁰⁰. La solidaridad seguía siendo una solidaridad familiar, religiosa o moral; no existía la garantía de la asistencia sanitaria. Era dirigida a poblaciones específicas, según la disponibilidad de los recursos humanos y logísticos. Obviamente, no existía un derecho a los servicios de salud y menos un derecho a la salud como tal.

Con la revolución industrial empieza a sustituirse el trabajo artesanal por el trabajo en fábricas. Se crean condiciones diferentes de trabajo, absolutamente inadecuadas para la salud y la dignidad humanas. Consecuencialmente, se dan importantes movilizaciones en pro de mejores condiciones laborales en Inglaterra y Alemania. Aparecen leyes relacionadas, básicamente, con los riesgos derivados de accidentes o enfermedades profesionales¹⁰¹. Por tanto, la salud, en especial en lo relacionado con tales riesgos y dichas poblaciones, empieza a consolidarse como un verdadero derecho¹⁰². Se genera la intervención del Estado y se promulgan las primeras leyes industriales con referencias específicas a la salud¹⁰³. La solidaridad empieza a desplazarse del

⁹⁹ Ob. cit, p. 1.

¹⁰⁰ "... la iglesia consideraba esta responsabilidad también como una obligación religiosa, organizando hospitales y asilos, bajo responsabilidad de las autoridades eclesiales...". Ob. cit.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, las leyes de Bismarck (1869) y el Informe Beveridge (1942).

¹⁰² Véase Gutiérrez C. Ob. Cit., pp. 60-61.

¹⁰³ Indudablemente, son muchas las repercusiones que los movimientos generados en el marco de la revolución industrial tuvieron para la salud. De hecho, el que se haya expedido la primera ley de salud pública en Inglaterra abre el camino hacia la protección legislativa de la salud individual y colectiva. Así, se destacan leyes como: ley sobre la salud moral de los aprendices (Inglaterra, 1802) y la Ley de Salud

ámbito familiar y religioso a las esferas del trabajo. Se le traslada al patrono, hoy empleador, la responsabilidad de velar por la salud de sus trabajadores. El garante de la salud de los trabajadores es el patrono, bajo la vigilancia del Estado. No obstante, la salud de los no trabajadores sigue a merced de la propia capacidad de pago de los servicios sanitarios, de la solidaridad familiar o de la caridad religiosa, en los casos de personas de escasos recursos¹⁰⁴. La solidaridad familiar o religiosa muta hacia una solidaridad social subsidiaria por parte de Estado con las personas que, por carecer de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitadas para trabajar¹⁰⁵.

Se considera que es a partir de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX que se habla de la salud en términos de un derecho, esto implica la responsabilidad estatal en labores conexas a tal responsabilidad¹⁰⁶. En consecuencia, en el devenir de la salud como derecho, éste pasa por el concepto de salud como asistencia social¹⁰⁷; luego, como derecho para algunas

Pública (Inglaterra 1848). De igual forma, se elaboran leyes tendientes a regular la explotación de las mujeres y los niños. Ob. cit.

¹⁰⁴ Ante las desigualdades surgidas del Estado liberal aparece la necesidad de protección de las personas en condiciones especialmente vulnerables. Los servicios sanitarios, en especial los de sanidad, comienzan a incorporarse en las constituciones de los Estados, como asistencia pública, dirigida especialmente a los grupos poblacionales referidos.

¹⁰⁵ Tal como lo disponía el artículo 19 de nuestra propia Constitución de 1886, modificado por el artículo 16 del Acto Legislativo n.º 01 de 1936, el derecho aún no se delimita, la solidaridad es subsidiaria, por tanto, no existe su exigibilidad ni existe responsabilidad por la no prestación del mismo por parte del Estado. Con el advenimiento del Estado benefactor de las primeras décadas del siglo XX se establecieron una serie de prestaciones a cargo del Estado, entre ellas la atención en salud, como garantías ciudadanas sectorizadas, expresa Arbeláez Rudas. Ob. cit., p. 60.

¹⁰⁶ Como las de: "...de saneamiento, distribución de alimentos, regulación de condiciones de trabajo y atención especial de salud a los grupos más vulnerables como los trabajadores, las mujeres, los niños, los ancianos, los campesinos y los discapacitados, entre otros". Corporación Colectiva de Abogados José Alvear Restrepo. Derechos Económicos Sociales y Culturales. Derecho a la salud. Tomado de: [http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=71].

¹⁰⁷ Mauricio Restrepo señala: "En los orígenes de la sociedad colombiana la salud y su cuidado fueron asuntos del dominio doméstico, la preocupación de la caridad cristiana y progresivamente un servicio al arbitrio del sector privado, regido por un mercado libre. El objetivo fundamental de las políticas, en cuanto concierne a la salud, fue el cuidado de los enfermos más que su recuperación y curación, y más específicamente el cuidado de los enfermos pobres". Véase Restrepo, Mauricio. "Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia" en el libro *Ejercicios del Derecho a la Salud en Colombia*, compilado por Juan Carlos Giraldo Valencia. Defensoría del Pueblo, Bogotá: 2001, p. 85.

determinadas poblaciones bajo el concepto de previsión social¹⁰⁸; posteriormente, como un verdadero derecho humano, con la promulgación de las declaraciones de derechos humanos¹⁰⁹, tanto de tipo mundial, como de tipo regional, para luego adoptarse como un derecho social con las connotaciones determinadas en los instrumentos jurídicos internacionales que lo declaran¹¹⁰. En Colombia, finalmente, es consagrado en 1991¹¹¹ como un derecho constitucional.

Siguiendo la ruta anterior, los parámetros de solidaridad y responsabilidad también se modificaron en dicha perspectiva. La solidaridad se muda hacia una concepción de sociedad en el marco de la asistencia social a la población de escasos recursos. La solidaridad aquí sigue siendo subsidiaria. La responsabilidad es del Estado, pero no enmarcada en la concepción de derecho sino en la concepción de *auxilio*¹¹².

En relación con la previsión social, la solidaridad se subroga en cuanto a la atención en salud y los servicios de salud en los entes de previsión social creados por las respectivas leyes, en comienzo, respecto de los trabajadores individualmente considerados. La responsabilidad de garantizar y prestar los servicios de salud se traslada a los entes de previsión social¹¹³. A la par con la

¹⁰⁸ Por medio de las normas que lo regulan, a favor de los trabajadores del sector público y privado. En el marco del concepto de la previsión social se pueden citar en Colombia leyes tales como: la Ley 6ª de 1945, el Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto Ley 3158 de 1968, la misma Ley 50 de 1990, entre otras.

¹⁰⁹ Entre ellas, numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI.

¹¹⁰ Artículo 12, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966, y la Observación general n.º 14 (2000). *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrafo 1.

¹¹¹ Véanse los citados artículos 44, 46, 49, 50 y 53, entre otros, de la Constitución Política de 1991.

¹¹² Ob. cit., p. 60. Por tanto, el Estado, finalmente, no responde por su no prestación, o por su prestación deficiente. Parece seguir siendo un concepto de caridad.

¹¹³ En este momento histórico en Colombia todavía no existe el derecho a la salud, no se encuentra positivado, por tanto, el Estado sólo sigue garantizando subsidiariamente la atención y los servicios de

previsión social se da en Colombia la estructuración del modelo de Bismarck a través de la implementación de los seguros sociales obligatorios en cabeza del entonces Instituto Colombiano de Seguros Sociales¹¹⁴. En tal esquema la solidaridad derivada de las relaciones laborales se comparte entre el patrono y el Instituto. La responsabilidad, en cuanto a la atención en salud y la prestación de los servicios de salud de los trabajadores afiliados a tal entidad era del Instituto. La responsabilidad de los no afiliados a la entidad por culpa de los patrones era de los empleadores. La salud sigue sin ser un derecho constitucional y, desde luego, el Estado no garantiza su prestación ni es responsable por no hacerlo.

Pero con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 la salud deja de ser un concepto o una declaración general y se convierte en un verdadero derecho constitucional, garantizado por el Estado. La responsabilidad estatal debe analizarse no sólo a la luz de la propia Constitución sino también a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que ahora hacen parte del bloque de constitucionalidad, por expreso mandato de la misma Constitución¹¹⁵. La solidaridad es ahora un principio constitucional que cobija todos los actores¹¹⁶.

Como desarrollo del artículo 49 constitucional, y sin que el derecho a la salud se asimile o agote en el SSSI creado por la Ley 100 de 1993, a la generalidad de los colombianos se les garantiza la atención y los servicios de salud, por medio de su afiliación al SGSSS, a través de una EPS, del régimen contributivo de

salud a las personas de escasos recursos por medio de las instituciones públicas, bajo el esquema financiero de subsidios a la oferta.

¹¹⁴ Por medio de la Ley 90 de 1946 se crea el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales. Luego transformado en una empresa industrial y comercial del Estado, hoy escindida.

¹¹⁵ Según los artículos 9º, 44, 53, 93, 94, 102 y 214, numeral 2 de la Constitución Política de Colombia.

¹¹⁶ En especial al Estado y a las entidades e instituciones que por delegación colaboran en la materialización del derecho a la salud, en la prestación del servicio público y esencial de salud o en la administración y prestación del servicio de interés público de salud.

salud o una del régimen subsidiado¹¹⁷. La solidaridad en el marco legal del SSSI es reiterada por la Ley 100 de 1993 en su artículo 2º. En cuanto a garantizar el derecho a la salud, la responsabilidad es del Estado¹¹⁸.

En el régimen contributivo, como ya se dijo, la responsabilidad de garantizar la atención en salud es del Estado en los términos descritos, pero en los casos de no afiliación por parte del empleador la responsabilidad es de éste¹¹⁹. Por mora en el pago de los aportes y cotizaciones de parte del empleador, la responsabilidad de las prestaciones en salud se desplaza, en principio, de las EPS al propio empleador¹²⁰, a la luz del artículo 209 de la Ley 100 de 1993.

En los demás planes o beneficios del SGSSS, esto es el PNSP, en los Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (en adelante ECAT), en la atención de urgencias y en el Plan de Atención Materno Infantil (en adelante PAMI), la solidaridad opera como principio fundamental, rector de las actuaciones del Estado y de la sociedad en general. La responsabilidad, en general, es del Estado que actúa por medio de las entidades territoriales, de las ESES y de las propias EPS e IPS, con las cuales el Estado tenga contrato para tal efecto¹²¹. En urgencias la responsabilidad es del Estado y la atención es obligatoria en

¹¹⁷ Véanse la leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007. Así como los decretos y demás normas que las desarrollan.

¹¹⁸ En cuanto a garantizar el derecho a la salud, la responsabilidad es del Estado también de garantizar la atención en salud y los servicios de salud, tanto en el régimen subsidiado como en el régimen contributivo, a través de las EPS respectivas y de las instituciones prestadoras de salud. En el régimen subsidiado, además, por medio de las Empresas Sociales del Estado (en adelante ESE), vía subsidio a la demanda, en especial en lo concerniente a la atención y estabilización de las urgencias presentadas por los participantes vinculados y la población pobre y vulnerable no afiliada.

¹¹⁹ De acuerdo con los artículos 22 y 161 de la Ley 100 de 1993.

¹²⁰ Véase la Sentencia C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 38. Igual, véase la Sentencia C-800 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 19, que declaró la exequibilidad del artículo 43 de la Ley 789 de 2002, y la Sentencia SU-562 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 25, en cuanto “... La Corte ha dicho que el trabajador no tiene por qué quedar afectado por la culpa del empleador que no cotiza oportunamente. Ante esta circunstancia ha surgido en la jurisprudencia una doble solución: responde el empleador y por lo tanto se torna responsable de la prestación del servicio médico y de la entrega de medicamentos; o, el trabajador, si el empleador no responde le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público; pudiendo la EPS cobrarle al empleador o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad”.

¹²¹ Véanse las leyes 100 de 1993 y 715 de 2001.

todas las IPS¹²². Lógicamente en los Planes Adicionales de Salud (en adelante PAS) la responsabilidad recae en la entidad que ofrece el plan; el Estado no garantiza su prestación¹²³. La solidaridad puede ser familiar, pero no social.

A través de los instrumentos jurídicos internacionales y de los convenios internacionales en seguridad social se expande el concepto de derecho a la salud desde su concepción individual a una de tipo colectivo. En el entendido que la salud es una cuestión de comunidad, la salud pública o colectiva trasciende las fronteras de la persona humana y se aloja en el concepto de comunidad y de sociedad nacional; pero, trasciende las fronteras nacionales para convertirse en un derecho de magnitud y vinculación internacional¹²⁴.

La salud pública o colectiva de cada país es responsabilidad del respectivo Estado, y deberá garantizarla¹²⁵. Con respecto al desarrollo de la salud pública en Colombia, es relevante la Ley 1122 de 2007, toda vez que trata de

¹²² Véase como antecedente la Ley 10 de 1990. Igual confróntese, entre otras muchas normas, el Decreto 412 de 1992, el artículo 159 de la Ley 100 de 1993, artículos 9º y 10 de la Resolución 5261 de 1994, artículo 67 de la Ley 715 de 2001, parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, artículo 9º de la Ley 1146 de 2007, concordada con el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006. La Resolución externa 014 de 1996 de la Supersalud. La circular 010 de 2006 del MPS.

¹²³ Véase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993. Igual, la Sentencia C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, pp. 19 y ss.

¹²⁴ A través de múltiples instrumentos internacionales de tipo general, como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los instrumentos específicos referidos a la salud de una población en especial, como: Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, Declaración de los Derechos del Niño, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Pero también a través de tratados y convenios entre países. En el caso de Colombia, la Ley 516 de 1999, por medio de la cual se aprueba el "Código Iberoamericano de Seguridad Social"; Ley 826 de 2003, que aprueba el Acuerdo de Seguridad Social entre la República de Colombia y la República Oriental del Uruguay; Ley 1112 de 2006, la cual aprueba el "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y el Reino de España", y Ley 1139 de 2007, el cual da vía libre al "Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y la República de Chile". La salud ya no es un problema de una sola comunidad o nación, es un problema que rompe las fronteras de cada país o región, y el derecho a la salud adquiere una connotación internacional. En este concepto la solidaridad es comunitaria.

¹²⁵ Salud pública que debe estar basada en la promoción de la salud colectiva y en la prevención de los problemas de salubridad pública. Lo mismo en la Atención Primaria en Salud (APS) como estrategia principal para alcanzar la meta de salud para todos. Véase declaración de Alma Ata en 1978, o el nuevo compromiso de salud para todos en el siglo XXI, realizado por la OPS en Washington en 2004.

consolidar el propio concepto y propósito de la salud pública¹²⁶, tarea legislativa que se encontraba postergada y que era de capital importancia para los colombianos. Con relación a la solidaridad y la responsabilidad en el marco de los tratados y convenios internacionales se puede afirmar que la atención de la salud de los individuos sigue en cabeza de cada Estado. El compromiso emanado de los convenios será según las propias estipulaciones normativas pactadas. La solidaridad es de tipo legal.

Finalmente, por lo menos en teoría, el derecho a la salud ha devenido en un tema de agenda global como un imperativo ético mundial, no sólo como derecho internacional sino como responsabilidad social de todos los pueblos en búsqueda de un mayor y mejor bienestar y calidad de vida para los ciudadanos del mundo¹²⁷. La solidaridad aquí vuelve a sus orígenes. A una solidaridad ética y moral, esta vez globalizada respecto de la salud. La responsabilidad como garantía de un derecho no existe, pero sí por lo menos, en comienzo, como responsabilidad ética.

La concepción integradora y sistémica de los derechos vuelve a tener un papel importante, en cuanto reitera que las acciones positivas o negativas en salud, entendidas desde la visión integral, afectan también positiva o negativamente la comunidad internacional, en el marco de una ética de la alteridad que encuentra su base en el humanismo de la otra persona, *“el cual lleva consigo la más fuerte*

¹²⁶ El artículo 32 de la Ley 1122 de 2007 determina: “De la salud pública. La salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar, de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad.”

¹²⁷ No en vano se han impulsado acuerdos como el Protocolo de Kioto en 1997, o los congresos que bajo la denominación de *“Equidad, ética y derecho a la salud: desafíos a la salud colectiva en la globalización”* se realizaron en Brasil en 2007. Ver, por ejemplo, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, 1986. El Organismo Andino de Salud perteneciente al Sistema Andino de Integración, constituido en 1971 y del cual hace parte Colombia. La misma OMS.

*carga y compromiso histórico con las necesidades específicas del otro concreto*¹²⁸.

Desde las concepciones individualistas del derecho a la salud hasta las actuales concepciones internacionalistas, la estructuración de tal derecho tuvo que transcurrir desde consideraciones de tipo iusnaturalista hasta las posiciones meramente positivistas. Desde su normatización basada sólo en el principio de igualdad formal hasta su referencia con la igualdad material y la libertad fáctica. La solidaridad transitó desde las concepciones familiares, éticas, morales y sociales hasta las concepciones normativas. Así mismo, la responsabilidad de garantizar el derecho de la salud y las prestaciones de salud y los servicios de salud discurrió desde una cuestión individual hasta una garantía estatal; pero en uno y otro concepto el principio de la dignidad humana se ha venido consolidando como base del propio derecho a la salud y lógicamente del derecho a la vida.

1.2.2 Componentes del derecho a la salud. Una visión desde los derechos económicos, sociales y culturales. Aquí se hará un breve análisis de los componentes del derecho a la salud que incorpora el PIDESC de 1966 y las observaciones 3 y 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC). Así mismo, de las obligaciones que tales instrumentos imponen a los Estados miembros. También se hará referencia a principios y características de tipo general, que tanto los instrumentos citados incorporen como los que determine la propia Constitución de 1991, por las leyes

¹²⁸ Siguiendo a Douzinas, del énfasis ontológico que el liberalismo le ponga a la naturaleza abstracta del sujeto (legal), la ética de la alteridad reflejará de otra forma el deber de garantizar no sólo una igualdad formal o *abstracta* en relación con el derecho a la salud y a sus servicios sino una igualdad fáctica y real en el concierto nacional e internacional como un imperativo ético global. Por ello, interpretando al autor en cita, podría preguntarse ¿un imperativo a qué?, ¿a cuál salud colectiva?, ¿a la protección de cuáles pueblos?, ¿con la ayuda y financiación de quién? y ¿cuáles prestaciones de salud y servicios de salud son prioritarias y necesarios? Cuestiones que desborda la presente investigación y que podrían ser parte de otro trabajo. Por ahora, valga decir que la salud global también tiene que ser integral en los términos relacionados en este apartado. Véase Costas, Douzinas. Ob. cit., p. 426.

100 de 1993 y 1122 de 2007, para ir delimitando el derecho a la salud y las obligaciones de garantía sobre tal derecho.

Como consideración previa debe anotarse que Colombia es parte del PIDESC de 1966¹²⁹. También es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica)¹³⁰. Además aprobó, mediante Ley 319 del 20 de septiembre de 1996¹³¹, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988¹³². El derecho a la salud como derecho humano se encuentra estipulado en el artículo 12 del PIDESC, el cual debe observarse a la luz de la Observación General 14. Igual, el derecho a la salud se encuentra determinado en la Constitución Política de 1991 como un derecho fundamental en el caso de los menores, según el artículo 44, y como un derecho constitucional social en el artículo 49. Así, a la luz del artículo 93 de la Constitución, el artículo 12 del PIDESC y la Observación 14 hacen parte integral de nuestro sistema normativo y por ende del bloque de constitucionalidad¹³³. Precisamente, es en el texto de la Observación General 14¹³⁴ del CDESC en donde se encuentran determinados los elementos esenciales e

¹²⁹ Aprobado por la Ley 74 de 1968, y ratificado el 29 de octubre de 1969.

¹³⁰ Aprobada por la Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973.

¹³¹ Ley que fue declarada exequible por la Sentencia C-251 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, mediante el Decreto 429 de 2001 "se promulga el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 'Protocolo de San Salvador', suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988".

¹³² Véase, además, otros instrumentos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

¹³³ Véase la Sentencia C-936 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 28. En cuanto se refiere al parágrafo 1 del artículo 11 del PIDESC que "... los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...". Por ser un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el CDESC de las Naciones Unidas. En el caso del derecho a la salud, debe tenerse en cuenta la Observación General 14, en cuanto el artículo 93 de la Constitución dice que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

¹³⁴ El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Aprobado el 11 de mayo de 2000. Ver párrafo 12.

interrelacionados del derecho a la salud, en todas sus formas y a todos los niveles.

- **Elementos esenciales del derecho a la salud.** Los elementos esenciales del derecho a la salud se encuentran, según la Observación General 14, dentro del contenido normativo del artículo 12 del PIDESC¹³⁵ y constituyen el marco de condiciones fácticas que propenden por la eficacia real del derecho a la salud¹³⁶. En tal sentido la Observación General 14 determina como elementos esenciales la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

En cuanto a la disponibilidad, se refiere a que las instalaciones sean suficientes y adecuadas, tanto para la atención y servicios de salud como para su promoción y la prevención de la enfermedad. Que respondan a la existencia de políticas de Estado, de planes y programas concebidos dentro de la visión integral de la salud y del derecho a esta. Planes y estrategias de atención inmediata en caso de eventos catastróficos. También se refiere dicho elemento a la existencia de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud que deben ser a su vez *saludables*, esto es, contar con los factores determinantes básicos de la salud¹³⁷ y con manejo y disposición adecuados de residuos hospitalarios y clínicos.

¹³⁵ Véanse también las medidas, que según el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los Estados deben adoptar para garantizar el derecho a la salud en él contemplado y reconocido como un bien público en tal instrumento.

¹³⁶ Se interrelacionan en procura de hacer efectivo tal derecho, de acuerdo con las condiciones prevalecientes de cada país, sin que ello implique que estas, en un momento determinado, busquen la inactividad total o permanente de dicho Estado.

¹³⁷ “... como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”, Observación 14. Es decir, que haya políticas claras de promoción de un ambiente sano y de prevención ambiental.

La disponibilidad, obviamente implica la existencia de dotación necesaria, de acuerdo con el nivel de atención y de complejidad, además de insumos básicos para la prestación de los servicios administrativos y de atención en salud. Se debe contar con el personal necesario e idóneo en cada caso, especialmente en la atención de urgencias, así mismo con los medicamentos esenciales para el tratamiento. La atención integral, ética, oportuna y amable a los pacientes y clientes internos y externos debe ser la constante, como la existencia de códigos de autorregulación, y claras normas de derechos y deberes de los pacientes¹³⁸.

De su parte, el elemento de accesibilidad abarca la existencia efectiva de medios de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, y no solo su existencia¹³⁹. Efectivamente, con la sola existencia de los establecimientos, bienes y servicios de salud, no basta. La disponibilidad formal debe complementarse con la disponibilidad real; es decir, con la accesibilidad efectiva a tales servicios. La igualdad formal debe complementarse con la igualdad real, de tal manera que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a toda la población, sin discriminación alguna por motivos no justificados o prohibidos¹⁴⁰. Ello también contempla el acceso real y efectivo de la población pobre y vulnerable a la salud de aquellos que por su grado de indefensión o vulnerabilidad requieran especial atención,

¹³⁸ La disponibilidad así concebida, se reitera, debe ser consecuencia de políticas de Estado que procuren la eficacia del derecho a la salud de los individuos y de la comunidad. Los gobiernos garantizarán la materialización de las políticas de Estado concebidas a favor de las personas y la sociedad. También se contará con espacios de participación personal, social o ciudadana en los procesos concernientes al derecho a la salud. Igualmente, contar con garantías efectivas de acceso a los medios de justiciabilidad del derecho a la salud.

¹³⁹ “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.” De acuerdo con la Observación 14, la accesibilidad contempla cuatro dimensiones que se superponen: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.

¹⁴⁰ “Por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud”. Párrafos 18 y 19 de la Observación 14.

como el caso de los menores, los discapacitados y adulto mayor, entre otros. El acceso, en consecuencia, no solo constituye la afiliación a un sistema de salud, o a un régimen de salud, tampoco es tener un carné, es la oportunidad real de contar con establecimientos, bienes y servicios en forma integral y continua¹⁴¹.

Pero, idénticamente, la accesibilidad implica el goce de los establecimientos, bienes y servicios de salud aun en los casos de las poblaciones de escasos recursos¹⁴², lo cual requiere la estructuración de mecanismos de solidaridad intergeneracional, económica, social, institucional o entre entidades territoriales, y de estrategias que permitan el buen trato y la atención de todas las poblaciones, basados en el principio de equidad y en una clara información¹⁴³.

La aceptabilidad es el respeto por el pluralismo, por la multiculturalidad y la diferencia, por el libre desarrollo de la personalidad en los términos del respecto por el otro y por el interés general, las garantías de las comunidades y sus libertades. El respeto por la libertad de cultos, la libertad sexual y genésica, de conciencia y de pensamiento y, desde luego la ética médica. Se habrá de respetar los requisitos de género y los derivados del ciclo de la vida¹⁴⁴, las condiciones especiales de tipo social, económico, cultural y de enfermedad de

¹⁴¹ Así mismo, el acceso físico lleva a la existencia cercana de los establecimientos, bienes y servicios de salud, a la existencia de redes reales de establecimientos hospitalarios que permitan la atención oportuna de los pacientes y aseguren los procesos de referencia y contrarreferencia.

¹⁴² “Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.” Observación 14. La accesibilidad económica también busca el mantenimiento del equilibrio económico de las personas y de las familias. Las cargas económicas desproporcionadas o que afecten el mínimo vital de las personas o de las familias deben ser especialmente consideradas o eliminadas, a fin de garantizar que el goce de los establecimientos, bienes y servicios de salud no vulneren, a su vez, la dignidad humana y la estabilidad económica, lo cual, se reitera nuevamente, busca la estructuración del mecanismo de solidaridad económica y social, y de distribución de riqueza.

¹⁴³ “Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”. Observación 14. También a la información sobre mecanismos de participación, control vigilancia y defensa administrativa y judicial del derecho a la salud.

¹⁴⁴ “Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán [...] estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. Observación 14.

las personas y de las comunidades. Se tendrá en cuenta las diferentes cosmogonías de las comunidades indígenas. En resumen, la aceptabilidad se refiere al respeto por la dignidad humana.

Finalmente, el elemento esencial de la calidad se refiere a la oportunidad, eficiencia, eficacia, continuidad del servicio público de salud en establecimientos bien dotados¹⁴⁵ y con un excelente mantenimiento, protocolos, y guías estructuradas por equipos interdisciplinarios. Los métodos y estrategias de planeación serán acordes con las necesidades de salud como mecanismos de vigilancia y control adecuados, evaluación permanente de resultados y participación de la comunidad. El personal de la salud, administrativo y logístico será altamente capacitado; entonces, habrá trato cortés y cálido, hospitales saludables y condiciones de hotelería de la salud adecuadas.

La existencia real de las condiciones de los elementos esenciales referidos debe invitar, en palabras de la OMS y de la propia Observación 14, al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente a cada individuo.

Si comparamos los elementos analizados con nuestra propia Constitución y con la normativa que desarrolla el derecho a la salud en Colombia, especialmente la Ley 100 de 1993 y la Ley 1122 de 2007, podemos observar puntos normativos comunes que son enunciados como principios o como fundamentos del derecho a la salud¹⁴⁶.

¹⁴⁵ “Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.” Observación 14.

¹⁴⁶ Así, entonces, desde el preámbulo de la Constitución se encuentran contenidos propios de igualdad, participación y un orden político, económico y social justo. De la misma manera, hay principios fundamentales del pluralismo y de la dignidad humana como base del Estado social de derecho. Es el compromiso por la efectividad de los derechos, ya que se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, la vida como derecho inviolable, la igualdad formal y material, la libertad en general y las libertades especiales.

En cuanto al derecho a la salud se reconocen como principios constitucionales la eficiencia, la universalidad y la solidaridad¹⁴⁷. Así mismo, se encuentran principios derivados de la regulación de los bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad¹⁴⁸. De la Ley 100 de 1993 y de la Ley 1122 de 2007 se resaltan los principios de universalidad, integralidad, solidaridad, participación, unidad y eficiencia. Así como los fundamentos del servicio público de salud, a saber: equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad¹⁴⁹.

De los puntos comunes referidos destacamos los siguientes, que a su vez coinciden con las características básicas de un servicio público: la continuidad, en cuanto la no interrupción injustificada de los servicios médicos o del tratamiento en proceso. Igual contempla el cubrimiento de todas las fases de la salud integral¹⁵⁰ y se asimila a los principios legales de integralidad y eficiencia, y a las características legales de protección integral y calidad.

La regularidad implica que el servicio de salud debe estar regulado por normas positivas, reglas y condiciones preestablecidas, además de políticas estatales de salud. Se asimila al principio legal de unidad y a las características legales de obligatoriedad, concertación y participación social.

¹⁴⁷ Artículo 49 de la Constitución de 1991.

¹⁴⁸ Tales como: el derecho a gozar de un ambiente sano y de las garantías, acciones y mecanismos de protección de los derechos.

¹⁴⁹ Sin olvidar los principios que a su vez se relacionan con la actividad de la administración pública como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y el acceso a la administración de justicia. Artículos 209, 365 y 366 de la Constitución de 1991.

¹⁵⁰ En la Sentencia T-185 de 2006 la Corte señaló que “el principio de continuidad en los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que requiera según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario”. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10.

La uniformidad trata de la estructuración de políticas y servicios de salud bajo condiciones generales de accesibilidad, respetando en todo caso el elemento esencial de la adaptabilidad. Se asimila al principio legal de unidad, universalidad, integralidad y participación, y a las características legales de equidad, protección integral, obligatoriedad, concertación y participación social.

La generalidad se refiere a la cobertura universal del derecho a la salud y los servicios hacia todas las personas y comunidades. Se asimila al principio legal de unidad, universalidad, integralidad y participación, y a las características legales de equidad, protección integral, obligatoriedad, concertación y participación social.

Complementario a los elementos esenciales definidos por la Observación 14 están los definidos por la Observación General 3¹⁵¹, de los cuales se resaltan para su análisis la no discriminación, la equidad, la progresividad, la irreversibilidad, la gratuidad y la participación.

La no discriminación. Prohíbe toda desigualdad o trato desigual en lo referente al acceso a la atención en salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios y derechos para conseguirlo, sin causa o justificación real y proporcionada, o por motivos prohibidos¹⁵².

La equidad¹⁵³. Ordena la igualdad de acceso a la atención de la salud y a sus servicios, en especial de las poblaciones pobres y vulnerables¹⁵⁴. Lógicamente también conlleva la no discriminación en los términos arriba referidos.

¹⁵¹ Referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1º del artículo 2º del Pacto), 1990. Aplicable a todos los compromisos y derechos estipulados en el Pacto.

¹⁵² “... que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.” Párrafo 2º del artículo 2º y artículo 3º del PIDESC, referido por la Observación General 14, párrafo 18.

¹⁵³ Confróntese en el mismo sentido la Parte I. Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

La progresividad¹⁵⁵. Relacionada directamente con los principios de universalidad e integralidad, es determinada como un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo¹⁵⁶.

La irreversibilidad. Es inherente al tema de la progresividad, por ende a los principios de universalidad e integralidad del derecho a la salud, pretende evitar las acciones y medidas regresivas y retroactivas con respecto a tal derecho¹⁵⁷.

La gratuidad. Está íntimamente relacionada con los conceptos y principios de equidad e igualdad¹⁵⁸; se refiere al derecho de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, en especial de las poblaciones y grupos vulnerables o marginados.

La participación. Es punto común a todas las normativas se refiere a la intervención efectiva de los diferentes actores relacionados con el derecho a la salud, en sus fases de estructuración, desarrollo, control y vigilancia¹⁵⁹. Coincide plenamente con el principio constitucional de participación y con la

¹⁵⁴ “Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes.” Observación General 14, párrafo 18.

¹⁵⁵ Confróntese en el mismo sentido el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

¹⁵⁶ “Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el PIDESC no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”. Observación General 3, párrafo 9.

¹⁵⁷ Es así que las medidas adoptadas en tal sentido deben justificarse plenamente, es decir, tomadas en condiciones y contextos reales y bajo circunstancias extremas de dificultad probada de recursos económicos disponibles, bajo estrictas medidas que justifiquen y ponderen las alternativas existentes antes de tomar la decisión regresiva. “Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud.” Observación General 14. II. *Obligaciones de los estados partes*. Obligaciones legales de carácter general. Párrafo 32.

¹⁵⁸ “Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria”. Observación General 14. Obligaciones Básicas, literal a), párrafo 43.

¹⁵⁹ “... aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”. Observación General 14.

participación ciudadana, social y comunitaria consagrada en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto reglamentario 1757 de 1994.

Los elementos esenciales y las características comunes del derecho a la salud analizados pretenden, sin duda, darle cumplimiento pleno y efectivo a tal derecho. Su consagración es expresa y, en nuestro criterio, conceptualmente clara, en consecuencia, los elementos esenciales citados podrían ser resumidos e integrados con los propios principios del derecho a la salud adoptados por Colombia, así¹⁶⁰: la universalidad entendida como la ampliación progresiva y continua del derecho a la salud hacia toda la comunidad, bajo los parámetros de igualdad y equidad; la integralidad entendida como la cobertura de todas las contingencias relacionadas con el derecho a la salud en todas sus fases y desde una visión integradora y sistémica de los derechos; la solidaridad en su carácter de principio fundante del Estado social de derecho y de apoyo social, económico y prestacional entre los diferentes actores como mecanismo de redistribución de la riqueza económica y social; la participación entendida como la creación de espacios sociales para la cogestión, vigilancia y control de los establecimientos, bienes y servicios de salud y también como espacios permanentes y efectivos de defensa y justiciabilidad del derecho a la salud; la unidad definida como la articulación real de las políticas de Estado, la normativa, los planes y programas, los servicios y las prestaciones sociales de salud, y la eficiencia, entendida como calidad, como utilización social de los recursos destinados al pleno desarrollo del derecho a la salud y de los demás derechos interrelacionados¹⁶¹.

¹⁶⁰ Véanse los principios de solidaridad, universalidad y eficiencia consagrados en el artículo 49 de la Constitución de 1991, al igual que los principios de integralidad, unidad y participación determinados en el artículo 2º de la Ley 100 de 1993.

¹⁶¹ Con relación al tema de los principios de la reforma en salud y sus resultados, véase el apartado de “Principios de la Reforma en Salud v.s Resultados”. Giraldo, César. *¿Protección o desprotección social?* Bogotá: Fundación Cesde, Universidad Nacional, 2007, p. 207.

En el contexto anterior se procederá, a continuación, a realizar un breve análisis de las obligaciones derivadas para los Estados partes del PIDESC.

- **Obligaciones de los Estados partes con relación al derecho a la salud.** La Observación General 14 estipula como obligaciones legales de los Estados partes las de respetar, proteger y cumplir¹⁶².

Con relación a la obligación de respeto se puede afirmar que corresponde a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de disponibilidad y adaptabilidad del derecho a la salud. La obligación de respeto va claramente direccionada a la materialización del principio de la igualdad y a evitar conductas de discriminación prohibidas e injustificadas. Igual contempla el respeto por las diferencias cosmogónicas de los pueblos o los grupos tradicionales. Por ello, es clara en prohibir las políticas y conductas discriminatorias que atenten contra grupos especiales, las diferencias de género, las diferencias culturales y religiosas. Así mismo, las prácticas de comercialización de medicamentos peligrosos, la aplicación de tratamientos coercitivos¹⁶³, la restricción de la participación de las comunidades en lo relacionado con el derecho a la salud y sus bienes y servicios; limitar el acceso a medicamentos esenciales o a servicios de salud como medida discriminatoria o punitiva; del mismo modo, abstenerse de contaminar la atmósfera, el agua y la tierra¹⁶⁴.

La obligación de proteger está ligada a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de accesibilidad y disponibilidad y se relaciona

¹⁶² II. *Obligaciones de los estados partes*. Observación General 14.

¹⁶³ “... salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas”. Observación General 14. II. *Obligaciones de los estados partes*. Obligaciones legales específicas. Párrafo 34.

¹⁶⁴ En términos positivos, el Estado parte tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir los postulados y principios de la universalidad, integralidad, solidaridad, participación, igualdad y equidad referidos al derecho a la salud y al goce de los establecimientos, bienes y servicios de ésta.

directamente con la progresividad y la prohibición, en principio, de la irreversibilidad. Se refiere además a los conceptos y principios constitucionales de unidad y de participación, de universalidad e integralidad. Así, incluye obligaciones por parte del Estado de la estructuración de políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo pleno del derecho a la salud y de acceso a los bienes y servicios de salud. Con el mismo propósito se expiden normas u otras medidas para velar por el acceso a tales servicios, que también van encaminadas a la protección de la calidad del derecho a la salud. La calidad e idoneidad del personal, de los insumos, equipos, establecimientos y medicamentos estarán al servicio de la protección y defensa de los individuos y de las comunidades que puedan ser discriminadas, dañadas o restringidas por parte de terceros¹⁶⁵, o por el propio Estado¹⁶⁶.

Finalmente, la obligación de cumplir tendrá como fin la materialización de los elementos esenciales y de los principios y características relacionadas con el derecho a la salud y con las prestaciones y servicios. Todos esos elementos, principios y características serán sólo declaraciones de buenas intenciones si el Estado no garantiza efectivamente el goce de tal derecho. Cumplir significa acciones reales, positivas y efectivas para el desarrollo progresivo del derecho a la salud¹⁶⁷. En fin, se promoverá¹⁶⁸ el goce real de los demás derechos

¹⁶⁵ “...velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud”. Observación General 14. II. *Obligaciones de los estados partes*. Obligaciones legales específicas. Párrafo 35.

¹⁶⁶ Lógicamente, la obligación de proteger implica la implementación de acciones positivas por parte del Estado en favor de la igualdad formal y material del derecho a la salud. Se deben tomar las medidas legislativas y fácticas necesarias para garantizar el derecho universal a la salud y el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de esta.

¹⁶⁷ Por ello, en el contexto de las obligaciones de los Estados partes, cumplir es hacer un reconocimiento expreso y serio del derecho a la salud y de los bienes y servicios que de él se derivan. Un reconocimiento cierto que vincule al Estado, a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, lo mismo que a los organismos de control, y entes autónomos.

¹⁶⁸ Véase Observación General 14. II. *Obligaciones de los estados partes*. Obligaciones legales específicas. Párrafo 37.

interrelacionados con el derecho a la salud, desde la visión integral de la salud y la concepción sistémica de los derechos¹⁶⁹.

1.2.3 Naturaleza jurídica del derecho a la salud. Con el fin de abordar el tema de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, se determinará qué tipo de derecho es el derecho a la salud, si es un derecho fundamental o no, la correspondiente estructura jurídica, y si es justiciable vía acción de tutela¹⁷⁰.

En el devenir histórico verificable de la determinación de la salud como un derecho nos encontramos que el derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos¹⁷¹. Además es un derecho social, es universal, inclusivo, interdependiente con otros derechos. Entraña libertades y derechos¹⁷².

Como ya se detalló, en 1966, por medio del PIDESC, se determina el derecho a la salud como un derecho social al reconocerse como “... el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”¹⁷³.

¹⁶⁹ Las obligaciones de los Estados parte del PIDESC, o derivados de las obligaciones y deberes de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) o del Protocolo de San Salvador, son condiciones básicas para el goce efectivo del derecho a la salud en su plena dimensión integradora.

¹⁷⁰ Aquí se analizarán las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional comprendidas entre 1992 y 2008, inclusive, para lo cual se hará énfasis en aquellas sentencias que han constituido momentos de inflexión en la consideración de la naturaleza jurídica del derecho a la salud por parte del alto tribunal.

¹⁷¹ Efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derecho Humanos. Numeral 1º del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

¹⁷² Se reconoce la salud como un bien público, garantizado por los estados parte. Por la lectura de las normas consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales, todos coinciden que el derecho a la salud implica la dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral.

¹⁷³ Artículo 12, numeral 1 del pacto citado.

Mediante la Observación General 14 se amplía su concepción al definirse como un “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”¹⁷⁴, y al determinarse que “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos.”¹⁷⁵ Según la misma Observación, tal derecho no debe entenderse sólo como un derecho a estar sano, entraña también libertades y derechos. Entre las libertades está el derecho a controlar la salud y el propio cuerpo, con la inclusión de la libertad sexual y genésica. Entre los derechos también está el relativo a contar con un sistema de protección de la salud¹⁷⁶.

En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida “... como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.” Así mismo que se reconoce como un “... bien público”¹⁷⁷. De acuerdo con la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “... La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁷⁸.

¹⁷⁴ “Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del PIDESC. Observación General 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC). Párrafo 1º.

¹⁷⁵ “... en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. Ob. cit., párrafo. 3.

¹⁷⁶ Véase Ob. cit., párrafo. 8.

¹⁷⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, 1988. Artículo 10. Derecho a la Salud.

¹⁷⁸ “... El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”. Principios de la Constitución de la OMS. Documentos básicos, suplemento de la 45 edición, octubre de 2006.

Por su parte, en Colombia el derecho a la salud se elevó a rango constitucional con la Constitución Política de 1991¹⁷⁹. Igualmente, el derecho a la salud fue expresamente consagrado como un derecho fundamental en el artículo 44 de la Constitución de 1991. Por tanto, respecto de la fundamentalidad del derecho a la salud de los niños es indiscutible su carácter de derecho fundamental, en consecuencia, su protección, justiciabilidad y garantía se podrán llevar a cabo por medio de la acción de tutela cuando éste se encuentre vulnerado o amenazado¹⁸⁰. Al respecto ha sido abundante la jurisprudencia constitucional colombiana en la afirmación de tal derecho como fundamental, autónomo y directo en los menores de edad¹⁸¹.

De tal modo, el derecho a la salud puede derivarse de la enunciación normativa de algunos artículos constitucionales. En efecto, por la redacción del artículo y desde la visión integral del derecho a la salud y la concepción sistémica de los derechos puede colegirse la estipulación del derecho a la salud en ellos. Así, por ejemplo, de la enunciación normativa del artículo 46 puede deducirse el derecho a la salud o a los servicios de salud de las personas de la tercera edad o adulto mayor. Lo mismo con el artículo 47 en lo referente a las personas en estado de discapacidad. El 52 en cuanto se refiere al ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas en función de la preservación y desarrollo de una mejor salud en el ser humano. El 53 con relación a la salud de los trabajadores. El 54 respecto de los trabajadores adultos mayores o en estado de discapacidad. El 64 en cuanto a los trabajadores agrarios. El 79 como determinante del derecho a un ambiente sano.

¹⁷⁹ Principalmente a través del artículo 49, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del título II. De los Derechos, las Garantías y los Deberes de nuestra Constitución Política.

¹⁸⁰ En los términos del artículo 86 de la Constitución de 1991 y los decretos 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000.

¹⁸¹ Véase, entre otras muchas, T-576 de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 27, y la T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 124.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 se crea el SSSI. El derecho a la salud es integrado en el marco del SGSSS, estructurado por el libro II de la precitada ley¹⁸², sistema que fue modificado por la Ley 1122 de 2007 teniendo como prioridad el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios¹⁸³.

Con estas consideraciones se dará paso entonces al breve análisis de qué tipo de derecho es el derecho a la salud, su naturaleza jurídica, su estructura y su justiciabilidad.

- **¿Qué tipo de derecho es el derecho a la salud?** El derecho a la salud, tal como se ha venido afirmando, es un derecho, lo cual excluye, de entrada, la discusión de si es un derecho o si es un servicio público¹⁸⁴. En su preferente connotación como derecho comparte, por lo tanto, las características formales y materiales de un derecho.

Del mismo modo, como se colige de los instrumentos jurídicos internacionales analizados, es un derecho humano. Igualmente, junto con el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud en Colombia es un derecho, en principio, catalogado constitucionalmente dentro de los denominados sociales, económicos y culturales¹⁸⁵, y determinado como fundamental, según el artículo 44 de nuestra Constitución.

¹⁸² Artículos 152 al 248 de la Ley 100 de 1993. Precisamente el artículo 152 de la Ley 100 de 1993 determina que los objetivos del SGSSS son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención.

¹⁸³ Determina la Ley 1122 de 2007: "...Con este fin se hacen reformas en los aspectos de dirección, universalización, financiación, equilibrio entre los actores del sistema, racionalización, y mejoramiento en la prestación de servicios de salud, fortalecimiento en los programas de salud pública y de las funciones de inspección, vigilancia y control y la organización y funcionamiento de redes para la prestación de servicios de salud."

¹⁸⁴ En la segunda parte de la presente investigación se hará un breve análisis de la connotación del derecho a la salud como un servicio público esencial y un servicio de interés público.

¹⁸⁵ Véanse los artículos 48 y 49 del Capítulo II, del Título II, De los Derechos, las Garantías y los Deberes de la Constitución Política de Colombia de 1991, hoy reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

El derecho a la salud en comienzo fue catalogado como un derecho prestacional a la luz de la Constitución Política de 1991. Fundamental, directo y autónomo en el caso de los menores de edad. Determinado como un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas. Según la Ley 100 de 1993¹⁸⁶, es un servicio público esencial. Ya no se discute si es o no un derecho, la controversia parece girar aún en torno de su iusfundamentalidad respecto a la población mayor de edad. Para efectos de la iusfundamentalidad del derecho a la salud se acoge los planteamientos de la Sentencia T-760 de 2008¹⁸⁷ que fue categórica en reafirmar que el derecho a la salud es un derecho fundamental directo, y esto lo compartimos plenamente para efectos de este trabajo¹⁸⁸.

- **Justiciabilidad del derecho fundamental a la salud.** Previas las consideraciones arriba realizadas, preguntamos: siendo el derecho a la salud un derecho fundamental y vinculante, ¿es justiciable?

Si partimos de la concepción del derecho a la salud como un derecho fundamental, obviamente es justiciable, tanto por la jurisdicción ordinaria laboral a la que se le encomienda el conocimiento de las controversias referentes al SSSI¹⁸⁹. O por la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁹⁰ sobre las controversias y conflictos jurídicos derivados del derecho a la salud entre las

¹⁸⁶ Véase el artículo 4° de la Ley 100 de 1993.

¹⁸⁷ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 19.

¹⁸⁸ Es de anotar que pese a las consideraciones de la Sentencia T-760 de 2008 sobre el tema del derecho a la salud como fundamental directo, posteriores sentencias de la misma Corte Constitucional se han referido a tal derecho como un derecho en comienzo prestacional que puede llegar a considerarse como fundamental por vía de conexidad con otros derechos catalogados como fundamentales. En un posterior estudio será conveniente realizar una argumentación más profunda de la fundamentación doctrinal del derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental. Es decir, un derecho que se encuentre protegido y garantizado con todas y cada una de las garantías constitucionales para tal tipo de derechos y no solo para efectos de su tutela.

¹⁸⁹ Véase el artículo 2° de la ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹⁹⁰ Véase el Decreto 01 de 1984 y normas concordantes.

personas y entidades que no pertenezcan al SSSI, en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993¹⁹¹, como también por vía de la acción de tutela, en forma subsidiaria cuando el derecho se encuentre amenazado o vulnerado¹⁹².

En lo relacionado con la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de tutela es fácil comprender que su defensa depende de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental o como un derecho estrictamente social. Como un derecho estrictamente social, programático o de prestación no ha sido objeto de tutela con base en los preceptos del artículo 86 de la Constitución Política de 1991; en cuanto se refiere a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se ha excluido, en principio, el derecho a la salud, exclusión que en nuestro criterio obedece a una lectura formalista, estricta y exegética de tales derechos¹⁹³.

Con respecto a la iusfundamentalidad o no del derecho a la salud, en consecuencia, su protección por vía de acción de tutela, es posible señalar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional, dentro de lo que podría denominarse como el *decurso de una fundamentalidad anunciada*: (i) **Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo**. El derecho a la salud, en una concepción primigenia, fue considerado como un

¹⁹¹ En los últimos años se ha dado una acalorada controversia en función de la definición de la jurisdicción y competencia en lo relacionado con los conflictos derivados de casos de responsabilidad médica y hospitalaria. Situación que ha puesto en pugna pública a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia con el Consejo de Estado.

¹⁹² Confróntese el artículo 86 de la Constitución de 1991 y normas concordantes.

¹⁹³ Lecturas que pueden llevar a consideraciones tan extremas como la de un amparo en revisión mexicano que señaló: “Si bien es cierto que la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, al no existir normas jurídicas que especificaran el derecho subjetivo a tratamientos específicos, estos no podían ser exigidos, La ley sólo reguló los aspectos administrativos de los servicios de salud, sin especificar a qué servicios y tratamientos tenía derecho la población”. Véase La protección de la salud en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. José Luis Soberanes Fernández en *Temas selectos de salud y derecho*. México: 2002. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadora: Marcia Muñoz de Alba Medrano, p. 181.

derecho fundamental¹⁹⁴, es decir, sin ningún tipo de ficciones jurídicas. Más tarde, la Sentencia T-307 de 2006¹⁹⁵ retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo “... cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto”, sin que por ello deje de ser un derecho fundamental. Posteriormente la Sentencia T-016 de 2007¹⁹⁶ señalará, entre otros, los muy interesantes y, a la vez, muy controvertibles puntos: “todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”¹⁹⁷. Luego, la Sentencia C-811-2007¹⁹⁸ determinó que el derecho a la salud es un derecho que tiene categoría autónoma como fundamental, y que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. En el mismo sentido la Sentencia C-463 de 2008¹⁹⁹ expresó que el carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad²⁰⁰. Posteriormente, la sentencia T-

¹⁹⁴ Véanse las sentencias T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, p. 8; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11; T- 613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 5; y la T-180 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, p. 9.

¹⁹⁵ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 12 y ss.

¹⁹⁶ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las Sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 11 y 5, respectivamente.

¹⁹⁷ Se comparte con la sentencia la determinación del derecho a la salud como fundamental, que el derecho fundamental a la salud debe ser analizado a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que actualmente lo regulan, porque siendo fundamental no es necesario buscar conectarlo con otros derechos *expresamente* fundamentales. No se comparte con tal sentencia que todos los derechos constitucionales sean fundamentales. Al respecto, Vila Casado se refiere a que sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la Constitución [...] es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales. Véase Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2007, p. 465. En igual sentido véase Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009, p. 113.

¹⁹⁸ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 33.

¹⁹⁹ M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 31.

²⁰⁰ Esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, por su universalidad y por su relación directa e inescindible con el principio de la dignidad humana.

760 de 2008²⁰¹ vuelve a reconocer, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental²⁰². (ii) **Doble connotación del derecho a la salud: fundamental y asistencial**²⁰³. Muy temprano en las sentencias de revisión de tutela se empezó a considerar el derecho a la salud en su doble connotación²⁰⁴, como derecho fundamental y como derecho con carácter asistencial²⁰⁵. (iii) **Derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad**²⁰⁶. En el mismo sentido de relacionar el derecho a la salud con el derecho a la vida, la sentencia T-487 de 1992²⁰⁷, aun en forma muy general, realiza la conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida²⁰⁸. Es en la sentencia T-491 de 1992²⁰⁹ que se hace explícito el concepto de conexidad²¹⁰. Una importante conexión fue la realizada entre el derecho a la salud y el principio fundamental de la dignidad humana²¹¹, conexión que también se realizó con la integridad física, psíquica y moral. La teoría de la conexidad o

²⁰¹ Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 18.

²⁰² La sentencia en cita retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana²⁰², concepto que se relaciona directamente con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. Véase la sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 33. Recuérdese que la sentencia T-227 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett ya había señalado que sería fundamental todo derecho que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, p. 11.

²⁰³ Obviamente, en los interregnos entre las sentencias citadas otras sentencias debatían diferentes criterios acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, aun después de las sentencias T-016 de 2007, C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008. Véase la sentencia C-1041 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 70.

²⁰⁴ Como ejemplo inicial tenemos la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 5. Véase, además, en el Documento *Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, el tema relacionado con los criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido entendido como derecho fundamental, Defensoría del Pueblo, 2003, pp. 39 y ss.

²⁰⁵ Como fundamental por conformar, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que lo identifican como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivaldría a atentar contra su propia vida.

²⁰⁶ Es preciso aclarar que la teoría de la conexidad se refiere aquí con relación directa al derecho de la salud. No obstante, desde la sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 20, tempranamente ya se había estructurado la teoría de la conexidad en términos generales.

²⁰⁷ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 4.

²⁰⁸ Manteniendo la posición del carácter dual del derecho a la salud, la Corte expresa que proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es un derecho constitucional fundamental inalienable.

²⁰⁹ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 4.

²¹⁰ Se entiende por derechos fundamentales por conexidad aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales.

²¹¹ Véase la T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 4.

extensión quizá haya sido la teoría predominante, aunque no unánime, en las sentencias de la Corte Constitucional²¹², como luego se verá. (iv) **Derecho a la salud como un derecho prestacional**. No obstante las consideraciones, en algunas sentencias de 1992, no solo de que el derecho a la salud era un derecho fundamental sino su doble connotación por conexidad, en el año 1997 la Sala Plena de la Corte Constitucional reversó una consideración típicamente prestacional del derecho a la salud. Precisamente, en la sentencia SU-111 de 1997²¹³ se expresó que el derecho a la salud remite esencialmente a un contenido prestacional, aunque no es ajeno a la conservación de la vida orgánica, sostuvo la Corte, por esta razón no se convierte en derecho fundamental de aplicación inmediata²¹⁴. La posición de la sentencia en cita luego sería matizada por la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de ciertas poblaciones, o en el caso de los contenidos del POS. (v) **Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas**. Ha sido pacífica la consideración del derecho a la salud como fundamental con respecto a determinadas poblaciones, dado su alto carácter de vulnerabilidad e indefensión. Igual ha sucedido con el derecho a la seguridad social como en el caso de las personas de la tercera edad o adulto mayor²¹⁵ y en el de las

²¹² En ese sentido se pueden citar, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-236 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 10; T-030 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p.7; T-271 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 17; T-281 de 1996, M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez, p. 9; T-125 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 2; T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 5; T-529 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7; T-155 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p.3; T-461 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7; T-994 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6; T-1105 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2; T-748 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5; T-074 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 4; T-627 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 9; T-408 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 8; T-517 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 9.

²¹³ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 17.

²¹⁴ Pese a estar a cuatro años de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y a casi dos de la entrada en vigencia del SGSSS, la Sala sostuvo que los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.

²¹⁵ La sentencia T-535 de 1999 determinó que en aras de garantizar real y eficazmente los presupuestos consagrados en el artículo 46 de la Constitución Política debe considerarse el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 4. De su parte, la sentencia T-261 de 2007

personas discapacitadas o personas en estado de discapacidad²¹⁶. (vi) **Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de los contenidos del POS.** La Sentencia SU-819 de 1999²¹⁷ se refiere a la posibilidad jurídica que el derecho a la salud y en general los derechos económicos, sociales y culturales tiendan a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial) en una realidad concreta en favor de un sujeto específico²¹⁸. Quizá fue con la Sentencia T-859 de 2003²¹⁹ que se determinó directamente que el derecho a la salud, en su componente prestacional del POS, tiene naturaleza de derecho fundamental de manera autónoma y, por tanto, el derecho a recibir la atención de salud definido en el Plan Básico de Salud, el POSC y Plan Obligatorio del Régimen Subsidiado (en

fue enfática, así mismo, en la determinación del derecho a la salud del adulto mayor como un derecho fundamental autónomo. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 12 y ss. En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias T-527 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 7 y ss; T-638 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 7; T-1097 de 2007 y 015 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, p. 4 en ambas sentencias; T-073 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3, y la T-866 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 9 y ss.

²¹⁶ La sentencia T-1038 de 2001 determinó que en aplicación de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política el Estado debe otorgar especial tratamiento y protección a los disminuidos físicos y psíquicos. M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 6. Véanse además las sentencias T-248 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 5; y T-762 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 13 y ss. Así mismo, en la Sentencia T-124 de 2002 se consideró especialmente el derecho a la salud como la garantía de un mínimo de dignidad de estabilidad tanto física como psíquica de las personas con discapacidad mental. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 6. La Sentencia T-063 de 2007 detalló una protección especial de un joven reclutado que resultó discapacitado como resultado de la prestación del servicio militar. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 12 y ss. Confróntese, además y entre otras, las Sentencias T-339 de 1995, T-179 de 2000 y la T-261 de 2007. Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz, p. 5; Alejandro Martínez Caballero, p. 19; y Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10; respectivamente.

²¹⁷ M. P. Álvaro Tafur Galvis, pp. 13 y ss.

²¹⁸ En consecuencia, al transmutar el derecho a la salud en un derecho subjetivo, el beneficiario del derecho puede hacerlo valer efectivamente ante las instancias judiciales y deviene en un derecho fundamental exigible por vía de tutela. Al respecto la Sentencia SU-819 se refiere a las sentencias T-108 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, pp. 9 y ss; T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 8 y ss, y T-042 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, pp. 5 y ss.

²¹⁹ M. P. Eduardo Montealegre Lynett, pp. 7 y ss.

adelante POSS) de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias²²⁰.

A manera de conclusión de este apartado, se puede decir que no existe aún una línea jurisprudencial unánime acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud en la Corte Constitucional. No obstante, en la evolución del concepto, pueden apreciarse algunas posturas mayoritarias, como en el caso de la fundamentalidad por conexión del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, ejemplo, las poblaciones o personas altamente vulnerables o indefensas, precisamente de la tercera edad o adulto mayor, y las personas en estado de discapacidad. Pero, en esa misma evolución conceptual y doctrinaria, en veces las diferentes salas de la Corte Constitucional han revertido o ido en contra de avances significativos en tal conceptualización. Nótese, como bien lo expresó la Sentencia C-1041 de 2007, que han coexistido variados criterios, en ocasiones, sin tener en cuenta posturas que ya en pleno se habían tomado según la fundamentalidad del derecho a la salud. En el mismo sentido pueden apreciarse recientes sentencias de la propia Corte Constitucional que han retomado el concepto de conexidad para determinar la fundamentalidad del derecho a la salud, o que lo utilizan para reforzar su fundamentalidad, o se utiliza en forma preferente la posición de que todos los derechos constitucionales son fundamentales, pese a los pronunciamientos, por ejemplo, de la citada sentencia T-760 de 2008²²¹, esto demuestra que hasta el momento

²²⁰ En el mismo sentido, la Sentencia T-860 de 2003 determinó que los contenidos propios del POS devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental autónomo para las personas. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, pp. 10 y ss. En igual referencia las sentencias T-200 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 6 y ss; T-261 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 12 y ss; y la Sentencia T-767 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 4 y ss, confirman que el derecho a la salud en casos especiales es un derecho fundamental de manera autónoma. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 6 y ss. Véase la sentencia 016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 19.

²²¹ Véase como ejemplo muy reciente la Sentencia T-814 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 6 y ss; que retoma la teoría de la conexidad, no obstante que sentencias como la T-016 de 2007, la C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008 han afirmado categóricamente que el derecho a la salud es fundamental autónomo. Otra cosa es si ha sido o no amenazado o vulnerado. O si el medio de protección es o no la acción de tutela por existir o no otro medio de defensa o existiendo medio de defensa diferente

no existe una línea jurisprudencial consolidada en relación con la iusfundamentalidad del derecho a la salud en la propia Corte Constitucional.

Finalmente, y a pesar de lo arriba señalado, se podría afirmar que la Corte Constitucional va en camino de un consenso sobre la determinación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en todos los casos y para todas las personas²²², en especial desde las sentencias C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008, ya referidas, posición que se comparte plenamente en aras de la protección de la vida digna y con calidad. Así, la Corte Constitucional arriba nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental, concepto de las sentencias de 1992 y del cual no se debió haber apartado. La Corte Constitucional partió de concebir el derecho a la salud como fundamental y parece ser que a tal concepto está arribando nuevamente²²³.

éste es ineficaz ante una amenaza o vulneración determinada. En el mismo sentido de utilizar la conexidad como vía de fundamentalizar el derecho a la salud, entre otras sentencias de 2009, se tiene por ejemplos la T-079, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez, p. 3; la T-183, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, p. 14, y la T-214, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, p. 3.

²²² Véanse, por ejemplo, las sentencias T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 8 y ss; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 5 y ss. Del 2009, entre otras, las sentencias T-053, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 9 y ss; T-120, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 3 y ss, y la T-201, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²²³ Pero la consideración jurisprudencial que adoptó la Corte Constitucional de considerar el derecho a la salud como fundamental ¿tiene que acogerse por las demás cortes? ¿Ha sido realmente acogida dicha tesis por tales tribunales? o ¿será que mientras la Constitución no lo diga expresamente, para las demás cortes el derecho a la salud seguirá siendo fundamental en el caso de los niños y fundamental por conexidad o extensión en los demás casos? Estas preguntas no serán analizadas en detalle por no ser parte del objeto de estudio del presente trabajo, pero podrían hacer parte de una investigación con respecto a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud para las demás cortes y altos tribunales, en especial para la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y para el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante ello, se dirá que si la teoría del precedente judicial, vinculante tanto en forma horizontal como en forma vertical, se toma en serio, el derecho a la salud tendría que tomarse como un derecho fundamental autónomo de todas las personas para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela, sin importar qué juez analiza cada caso en particular o las condiciones de vulnerabilidad o no de cada tutelante. Otra cosa es que efectivamente el derecho fundamental a la salud se encuentre amenazado o vulnerado de acuerdo con las condiciones propias –jurídicas y fácticas– de cada caso. Véase sobre el tema del precedente judicial en Colombia las siguientes obras: Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. De Ramírez Bastidas, Raquel. *El precedente Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

Reseña de otros países. En cuanto al derecho a la salud en otros países²²⁴, se reseñará que al igual que el derecho a la seguridad social, tanto España, Chile y México han constitucionalizado tal derecho.

En España se reconoce en el marco del capítulo III, De los principios rectores de la Política Social y Económica el derecho a la protección de la salud en el artículo 43 de su Constitución de 1978²²⁵. Se determina, en comienzo, como un principio. No se determina expresamente como un derecho fundamental ni como un derecho social fundamental. Catalogado más como un derecho a la protección en salud se encuentra desarrollado en la Ley 14 de 1986 o Ley General de Sanidad²²⁶. De acuerdo con los principios generales del sistema de salud creado por tal ley, los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades²²⁷, esto le da una visión preventiva al sistema, antes que curativa, asunto que es reiterado en el artículo 6º de dicha ley. Se dice en este

²²⁴ Cortés señala que en las constituciones latinoamericanas, en especial en las que se han dado en los últimos años, consagran de varias formas el derecho fundamental a la salud, sin que se haga necesaria su vinculación con los temas de seguridad social. Se refiere el autor en cita que en la Constitución Boliviana consagra el derecho a la salud como un derecho fundamental, igual Paraguay, Venezuela como un derecho social fundamental. En cuanto a Colombia, se refiere a que también se reconoce como un derecho fundamental, pues aunque sólo se habla de ese derecho en relación con el menor, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a la salud como un derecho fundamental a partir de la consideración que merece la protección del derecho a la vida. Ob. cit., pp. 201-202.

²²⁵ Según Pérez Luño, la Ley Superior española reconoce el derecho a la protección de la salud, que según el autor tiene su lógico correlato en el diseño de una adecuada política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49), así como la atención, a través de los pertinentes servicios asistenciales, a los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50), y en la defensa de la salud de los consumidores (art. 51). El autor también conecta el derecho a la salud con el propósito constitucional de asegurar a todos una “digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución española), véase Pérez Luño, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 9ª edición, Tecnos, 2007, p. 196. De su parte, Blasco Lahoz se refiere a que la protección de la salud en el ámbito de la seguridad social se realiza a través de la prestación de la asistencia sanitaria, cuyo contenido son todas las atenciones y cuidados que son dispensados por el personal sanitario, tanto con finalidad preventiva como recuperatoria, para cubrir todas aquellas contingencias (enfermedades y accidentes), que repercuten sobre la salud física o psíquica de la persona. Véase Blasco Lahoz, José Feisco y otros. *Curso de seguridad social*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia: 2005, p. 926.

²²⁶ Véanse especialmente los artículos uno y dos del título preliminar, Del Derecho a la Protección de la Salud. La Ley 14 de 1986 debe concordarse con la Ley Orgánica 3 de 2007. Para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²²⁷ Véase el artículo 3º de la Ley 14 de 1986.

apartado que el recurso de amparo en España sólo tiene por objeto la tutela de los “derechos fundamentales”, es decir, los consagrados en el capítulo segundo y su sección primera²²⁸.

El derecho a la protección de la salud en Chile²²⁹ se encuentra determinado como un derecho, por tanto, con la estructura típica de un derecho a algo; está catalogado en el artículo 19, numeral 9 de su Constitución de 1980, actualizada en 2005²³⁰. El Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005 regula el “nuevo sistema de salud chileno”²³¹. Tal como lo determina el artículo 20 de la Constitución chilena, el *recurso de protección* no ampara todos los derechos²³². En consecuencia, el derecho a la protección de la salud, excepto en lo que concierne a la libre elección del sistema de salud, no es objeto del *recurso de protección*. Sin embargo, bajo la técnica de la inclusión implícita²³³ de este derecho en derechos expresamente protegidos por el *recurso de protección*, la

²²⁸ Véase artículo 53.2 Constitución española de 1978.

²²⁹ A diferencia de Colombia, Chile no tiene un solo sistema de seguridad social, tiene alrededor de 15 programas destinados a la seguridad social, y estos hacen parte del sistema de protección chileno. Cada programa se encuentra regulado por normas propias. Se destacan los programas relacionados con pensiones, salud y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Normados respectivamente por el DL 3500 de 1980, denominado “nuevo sistema de pensiones”, el Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005, regulan el “nuevo sistema de salud chileno”, y por la Ley 16744 de 1968, modificada por la Ley 19454 de 1996.

²³⁰ Precisamente se encuentra consagrado en el marco del capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, sin que se haga ninguna distinción entre los derechos allí establecidos.

²³¹ De acuerdo con el artículo 131 del DFL 1 de 2005, el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

²³² Según tal artículo, el recurso de protección ampara la privación, perturbación o amenaza por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales de los derechos contemplados en el artículo 19, números 1, 2, 3 inciso cuarto; números 4, 5, 6, 9 inciso final; números 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto; números 19, 21, 22, 23, 24 y 25. Procede, también, en el caso del número 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

²³³ Véase Documento III. El Amparo como garantía de los Derechos Constitucionales. Disponible en: [http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2040/6.pdf].

jurisprudencia de las Cortes de Apelación ha extendido el objeto de dicha tutela a los derechos de seguridad social en pensiones y en salud²³⁴.

El sistema público de salud chileno es mixto tanto en el financiamiento como en la prestación²³⁵. En el financiamiento combina un esquema de seguridad social con un sistema de seguros de carácter competitivo. En el primero, de naturaleza pública, lo gestiona el Fondo Nacional de Salud (FONASA). Este Fondo recibe, además, las transferencias del Presupuesto de la Nación para la atención de los indigentes y para los programas de salud pública, de esta manera gestiona la globalidad de los fondos públicos y los aportes de los asalariados que escogen esta opción de aseguramiento. El segundo está constituido por las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), aseguradoras privadas de salud que administran la cotización obligatoria de quienes opten por adscribirse a ellas. La Constitución de Chile otorga a los trabajadores la libertad de elegir entre las dos modalidades mencionadas, esto se reitera en el DFL 1 de 2005²³⁶.

En México la protección a la salud ha sido determinada como un derecho constitucional para todos, según el inciso tercero del artículo 4º del capítulo I, De las Garantías Individuales en la Constitución mexicana de 1917²³⁷. Así, su estructura corresponde a la de un derecho a algo en sentido objetivo y subjetivo. Según el artículo 107 de la Constitución mexicana, el *amparo* es genérico para todos los derechos y garantías constitucionales, entonces, el

²³⁴ Véase, por ejemplo, el fallo Rol 5910-05 del 26 de enero de 2006. Primera Sala de la Corte Suprema de Chile. Redacción del señor Ministro Sergio Muñoz G. en el cual se protege el derecho a la salud de un menor en relación directa con su derecho esencial a la vida.

²³⁵ Véase Documento Perfil del Sistema de Salud en Chile. Programa de organización y gestión de sistemas y servicios de salud. División de desarrollo de sistemas y servicios de salud, OPS. 2002.

²³⁶ Chile presenta un sistema base denominado Sistema Nacional de Servicios de Salud. También tiene un Sistema de Seguros de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional y unos seguros complementarios de salud.

²³⁷ “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo dispuesto en la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”.

derecho a la protección de la salud es justiciable por vía del *juicio de amparo* a instancia de parte agraviada, es decir, a que el derecho a la protección de la salud sea un derecho fundamental para los mexicanos.

El derecho a la protección de la salud en México se encuentra, de una parte, en la Ley del Seguro Social, en la cual se garantiza, entre otros, el derecho a la salud²³⁸ a través de un Régimen Obligatorio o de un Régimen Voluntario²³⁹. De otra parte, está reglamentado en la Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios. En dicha ley se establecen como prestaciones obligatorias los servicios de salud²⁴⁰, y en el llamado Seguro Popular²⁴¹ de Salud para los trabajadores no asalariados, los desempleados y sus familiares.

Con relación a los tres ordenamientos citados, es de resaltar la enunciación normativa en sus respectivas constituciones, no del derecho a la salud sino del derecho a la protección de la salud, terminología que se mantiene en las correspondientes normas infraconstitucionales, excepto en el caso de México que enuncia en la Ley del Seguro Social la garantía al derecho a la salud.

Aquí se retoman los comentarios realizados con relación a la existencia o no del derecho a la salud. Sólo se agrega que la enunciación normativa del *derecho a la salud* tiene una concepción más amplia que la enunciación como *derecho a la protección de la salud*. El derecho a la salud implica la irrenunciabilidad a la titularidad del derecho a la visión integral y sistémica del mismo. En cambio, el derecho a la protección de la salud parece referirse más a la garantía de los

²³⁸ Véase el artículo 2º del Capítulo Único, Disposiciones Generales, Título Primero de la Ley del Seguro Social en México.

²³⁹ Véase el artículo 6º de la Ley del Seguro Social en México.

²⁴⁰ Véase el artículo 11 de la Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios.

²⁴¹ Véase la Ley General de Salud (DOF) 09-05-07, por la cual se creó el Sistema Nacional de Salud.

servicios de salud, es decir, a la garantía de establecimientos, bienes y servicios sanitarios, parte importante del derecho a la salud, pero no total²⁴².

²⁴² En tal sentido, se expresa en el documento “El Derecho a la Salud en las Américas”: reconocimiento Constitucional y derechos afines, así: “Si bien es cierto que la atención médica ha sido considerada con frecuencia como base del derecho a la salud, éste comprende además una serie de derechos afines tales como la protección del medio ambiente, la educación, la vivienda, el saneamiento, el bienestar social, el trabajo, la protección de la familia y la seguridad social.” Presentado en el Congreso Internacional de las Ciencias Forenses (Forense 97), 6 al 11 de octubre de 1997, La Habana, Cuba. Heidi V. Jiménez. Asesor jurídico OPS. Igual, refiere Gutiérrez C. que determinar el derecho a la salud sólo como derecho a la atención es un enfoque muy limitado, pues podría interpretarse como la prestación del modelo asistencialista, dejando por fuera las medidas de prevención y promoción de la salud. Ob. cit, p. 114.

2. CONTENIDO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA

El tema de la libertad económica será abordado siguiendo, en lo pertinente, la misma estructura temática y metodológica utilizada para el análisis del contenido del derecho a la salud. En consecuencia, se hará, igualmente, un breve recorrido por las nociones que han estructurado el concepto de libertad económica en su dimensión de libertad de empresa. Este análisis implica el estudio del concepto de libertad de empresa como tal y de su connotación y evolución como derecho.

En consecuencia, se hará el citado análisis partiendo de los conceptos generales de libertad económica como género y de libertad de empresa como especie de aquel. Igual se hará con el concepto de derecho a la libertad económica y del derecho a la libertad de empresa, para arribar finalmente al análisis de las consideraciones planteadas en nuestro ordenamiento jurídico sobre tales conceptos. En especial, partiendo de las consideraciones jurídicas que sobre el tema de los contenidos de la libertad económica y de la libertad de empresa, de las características del derecho a la libertad de empresa, y de su iusfundamentalidad o no, que la Corte Constitucional ha estructurado en sus sentencias de constitucionalidad y de revisión de tutela en lo corrido desde 1992 hasta 2008²⁴³.

²⁴³ Para tal efecto se tomarán en especial las consideraciones jurídicas planteadas en las sentencias C-265 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-291 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-624 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; SU-157 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero; C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-070 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; C-243 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y la C-137 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, entre otras. En los temas que sean necesarios se hará referencia a algunas sentencias de la Corte Constitucional del año 2009 con el fin de actualizar dicha temática.

2.1 CONCEPTO DE LIBERTAD ECONÓMICA

Tal como se determinó en la Introducción de la presente investigación, el concepto de libertad económica se analizará teniendo como marco el artículo 333 de la Constitución de 1991. Por ello, el término general que se utilizará será el de libertad económica y no el de libertad de empresa. Este último será utilizado como una de las dimensiones o especie del concepto general de libertad económica en consonancia con las consideraciones que ha realizado la Corte Constitucional sobre el tema señalado.

El concepto de libertad económica, al igual que el propio concepto de salud, no parece ser del todo pacífico²⁴⁴. El concepto de libertad económica ha sido enfocado de acuerdo con las propias condiciones históricas, políticas, económicas y sociales de las naciones. Por ello, las preguntas necesarias de partida serían: ¿de qué se trata, cuando se habla de libertad económica y de libertad de empresa en Colombia? ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad económica en su dimensión de libertad de empresa?

A continuación se procura hacer una aproximación conceptual a tales conceptos y cuestionamientos.

2.1.1 Evolución del concepto de libertad económica. En la concepción del liberalismo económico²⁴⁵ del clásico Estado liberal, la intervención del Estado en el mercado es inútil. El mercado se regula por sí mismo, lo regula el juego de la oferta y la demanda. Su actividad es garantía de justicia, orden y progreso de

²⁴⁴ Esto puede deberse a las diferentes lecturas que del término *libertad* pueda hacerse en el marco de las diferentes concepciones de Estado. Sería lógico que la lectura del concepto referido y en especial del término libertad económica sea muy diferente en un Estado liberal, democrático o social de derecho. Evidentemente en este trabajo nos ubicaremos en su lectura desde los fundamentos de un Estado social.

²⁴⁵ Véase Smith, Adam. *La riqueza de las naciones. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Edición de Edwin Cannan. Traducción Gabriel Franco. Fondo de Cultura Económica. México. 1981.

la sociedad, entendida ésta como que el enriquecimiento individual incluye necesariamente el enriquecimiento de la sociedad. Smith partía de una concepción de la libertad económica absoluta. El Estado sólo debe cumplir una función, defender tal libertad. La libertad económica es autónoma y no tiene regulación, intervención o restricción de tipo político o legislativo. El mercado es perfecto. Lo importante es la ganancia, el ahorro y el capital. La libertad económica tiene aquí un sentido absoluto. No existe función social de la libertad económica.

En ese contexto la libertad económica como concepto que emerge de la ideología del liberalismo económico y de aplicación a la economía de mercado se ve justificada en la medida que el ser humano –cuya motivación única es el hedonismo–, si se le deja en libertad, actuará como empujado por una *mano invisible* que busca el bien común. Por tanto, su actividad económica se decidiría por el consumo o por la producción de aquellos bienes o servicios que el precio haga más atractivo, bajo la guía de su simple egoísmo y deseo de bienestar, sin intervención e interferencia del Estado o de grandes grupos de intereses o de conglomerados que impidan el libre funcionamiento del mercado. De tal forma que la escasez o abundancia de un bien o de un servicio estimula su prestación o su producción o retrae tales procesos. Es decir, el mercado en forma espontánea se autorregula de acuerdo con el libre juego de la oferta y de la demanda como consecuencia natural de la libre competencia²⁴⁶.

²⁴⁶ Según Contreras Bautista, “la economía clásica liberal parte de la base que no se requiere ningún tipo de coordinación externa al mercado (la mano invisible es suficiente); porque la misma economía es cooperativa y se autorregula mediante los precios del mercado, lo cual garantiza la más eficiente asignación de recursos. Continúa el autor citado señalando que esto se expresa a través de la típica doctrina de laissez-faire que pregonaba la completa libertad de la economía, sin concebir o aceptar el intervencionismo del Estado en la misma”. Confróntese Contreras Bautista, Juan Darío. *Derecho y Economía de la Salud en Colombia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 44 y su pie de página 86.

Pero el mercado no es perfecto²⁴⁷. Presenta grandes fallas así como inequidades. Existen poblaciones que no pueden proveerse a sí mismas, por su condición de vulnerabilidad o indefensión. Se presentan radicales confrontaciones entre obreros y patronos²⁴⁸. En ese contexto y en el marco del ideario de Keynes²⁴⁹ inicia la estructuración hacia un Estado que interviene directamente en la economía ante los problemas presentados por la teoría del *dejar hacer, dejar pasar*. El Estado benefactor aparece como una posible solución a los problemas del Estado liberal. La libertad económica es intervenida por el Estado.

La estructura fundamental del sistema capitalista permanece, pero se tratan de corregir sus fallas de funcionamiento²⁵⁰. La mano invisible del mercado necesita de la mano visible del Estado para corregir sus fallas²⁵¹. Aparecen programas sociales, se regulan las relaciones de trabajo, y el Estado comienza también a

²⁴⁷ Según Stiglitz, “la teoría convencional del mercado competitivo parte de varios supuestos fundamentales: a) Hay muchos vendedores, cada uno de los cuales trata de maximizar los beneficios, b) la mercancía que se compra y se vende es homogénea, c) los compradores están bien informados: conocen los precios y la calidad que ofrecen todos los vendedores, y d) los consumidores son los compradores, pagan todo el costo que consumen”. Véase Stiglitz; Joseph E. *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch. 1996. Traducción: María Esther Rabasco y Luis Toharia, p. 319.

²⁴⁸ Véase documento *Estado Benefactor y Reforma del Estado*. Ignacio Medina Núñez. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. IV, n.º 11, enero-abril de 1998. Disponible en [<http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/espiral/espiralpdf/Espiral11/23-45.pdf>].

²⁴⁹ Expresa Contreras Bautista que “Keynes plantea las bases de la macroeconomía moderna, en donde la intervención del Estado en relación con el comportamiento de los ciclos económicos resulta fundamental, sobre todo en los momentos de grandes fluctuaciones de los mismos”; y agrega que “Keynes postula básicamente dos tesis: a) los mercados no alcanzan el nivel de equilibrio y de eficiencia automáticamente, por la existencia de fallas macroeconómicas generadas en los mismos mercados o en la intervención del Estado; b) en el intercambio económico ocurre un desajuste entre las elecciones individuales y las elecciones sociales, en cuanto que las decisiones económicas de los individuos que buscan la maximización de sus beneficios no necesariamente coinciden con las decisiones colectivas que persiguen el bienestar social, lo cual según Contreras permite concluir que, en una economía de mercado, los precios, por sí mismos, no garantizan una eficiente asignación de recursos ni la maximización del bienestar social, razones por las cuales se requiere la intervención del Estado en la economía en aras de lograr la coordinación de la misma y la redistribución del ingreso”. Ob. cit., pp. 44 y 45. Véase también Dillard, Dudley. *La teoría económica de John M. Keynes. Teoría de una economía monetaria*. Traducción José Díaz García. Editorial Aguilar, España. 1981.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ Los postulados keynesianos permiten, según Contreras, “la intervención del Estado en dos sentidos: a) reactivar la economía en periodos recesivos, o b) redistribuir el ingreso a través de políticas de pleno empleo”. Ob. cit., p. 45.

ser prestador de bienes y servicio públicos, lo mismo que planificador y rector de la economía nacional.

No obstante, el neoliberalismo²⁵² aboga por reducir el tamaño del Estado, presiona por un libre comercio y propende por que éste sea menos intervencionista. El Estado benefactor o providencial es demasiado intervencionista²⁵³, los programas sociales se han aumentado en exceso y las ganancias privadas han disminuido drásticamente.

Según la teoría del monetarismo friedmaniano se debe volver a las reglas de libre mercado, ya que las economías del mercado se regulan por sí mismas y lo requerido es una macroeconomía estable, espacio en el cual se resuelve el problema del pleno empleo. El Estado se debe minimizar. Las actividades de tipo empresarial públicas deben descentralizarse. En este contexto el único papel asignado al Estado por la doctrina de las expectativas racionales “es el de fijar un marco institucional que proporcione estabilidad y seguridad a los agentes del mercado, para que estos puedan tomar decisiones racionalmente utilizando toda la información posible”²⁵⁴. En consecuencia, el Estado pasa a ser regulador en el marco de economías globalizadas²⁵⁵. En ese contexto, de

²⁵² Basado en las teorías de F. Hayek y M. Friedman. De acuerdo con Contreras, “Hayek cuestiona la intervención del Estado en la economía, básicamente porque consideraba que era un mecanismo de asignación de recursos inferior al mercado, teniendo a éste como el mecanismo más eficiente para procesar la información necesaria para coordinar el proceso de intercambio y asignación de recursos entre la oferta y la demanda”. En ese sentido, agrega Contreras, “el Estado debe estar fuera del mercado y su papel económico esencial debe constituir en ampliar la información para que los mercados funcionen mejor y crear un clima de confianza y certidumbre para que los agentes económicos tomen decisiones más racionales”. Ob. cit., p. 46.

²⁵³ Durán y Lalaguna advierte que “el paternalismo estatal y la protección institucional, propuestos por Keynes en la estructuración de un Estado benefactor e intervencionista, que inicialmente plantearon como un modo de revisionismo a los posibles abusos liberales, pasa a ostentar un protagonismo que no abusa sino que ahoga la capacidad de libertad del hombre”. Cfr. Durán y Lalaguna, Paloma. *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada, 1992, pp. 66-67.

²⁵⁴ Véase Contreras. Ob. cit., p. 47; quien agrega que “lo que se espera es que el contexto macroeconómico permanezca estable en el tiempo para que las decisiones tomadas en un momento dado mantengan su proyección”.

²⁵⁵ Correa Henao se refiere a que: “... Ha sido la supervivencia del sistema de organización social y del sistema económico de libre mercado, y no la euforia populista o el paternalismo nulificante de los

dirección y de regulación estatal, los servicios públicos pasan a ser prestados también por particulares. Se acepta la concurrencia con agentes privados en la administración o en la prestación de los servicios públicos, aun de aquellos catalogados como esenciales²⁵⁶.

Precisamente, en la actualidad, los sistemas de economía mixta implican que el Estado tenga un rol económico diferente al de actor del mercado. Según Contreras, “el Estado debe garantizar la libre competencia mediante la apertura de los mercados hacia la misma y, en tal sentido, debe corregir las fallas que se presentan en el mercado, en cuanto que impiden la asignación eficiente de los recursos y la distribución del ingreso socialmente aceptable”²⁵⁷. Por tanto, el mercado determinará los precios y la producción de la mayoría de bienes y servicios, y el Estado dirige, regula e interviene en la economía globalmente²⁵⁸.

En el marco de las economías mixtas la libertad económica se constitucionaliza como un derecho que puede tener restricciones, pero sólo por razones de

socialistas del siglo XX lo que ha obligado a la construcción del Estado que interviene en la economía, imposición que aún se mantiene, de modo incisivo si se quiere, cuando crece (a veces tanto) la población y se incrementa el concepto de necesidades básicas no satisfechas ni por el mercado ni por el Estado...”. Véase Correa Henao, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2008, p. 114.

²⁵⁶ Como ejemplo tenemos precisamente la concurrencia prevista por la Constitución de 1991 en cuanto permite que actores privados administren o presten los servicios de salud en Colombia. Artículos 48 y 49 de la C. P. Contreras se refiere a que “los servicios públicos, como manifestación política del concepto económico de bien público, han sido objeto de críticas por la ineficiencia en la prestación directa por parte del Estado (fallas de gobierno en su suministro), razón por la cual el mercado ha reclamado su participación en la oferta de los mismos”. Agrega el citado autor que “al respecto, se han efectuado replanteamientos para combinar el concepto de servicio público desde el punto de vista político (interés general; redistribución del ingreso), con su prestación bajo el esquema empresarial privado (eficiencia, libre competencia). Por tanto, las fallas de gobierno que pretende superar el mercado apuntan a reducir gastos públicos ineficientes (burocracia, rigidez administrativa) amparados en monopolios cuya razón política de ser ha ido desapareciendo con el fin de lograr que cada unidad monetaria de recursos públicos gastada produzca más servicios públicos y beneficios sociales (costo marginal eficiente) teniendo en cuenta la libertad de elección”. Ob. cit., p. 48.

²⁵⁷ Cfr. Contreras Bautista. Ob.cit., pp. 47 y 48.

²⁵⁸ Mediante “la tributación, la planeación, el gasto público, la regulación y el control de la economía”, señala Contreras Bautista. Igual, señala que “en los sistemas económicos mixtos de ofrecimiento de bienes públicos el papel del Estado se rediseña en función de garantizar el suministro a través de su actividad financiera y de intervención para controlar las fallas del mercado (legislación, regulación, contratación y control)”. Ob. cit., pp. 47 y 48.

interés general. Precisamente, el concepto de libertad económica deja de ser absoluto. Pasa de ser el fundamento natural de las economías de mercado libres y perfectas de la economía clásica, y se inserta en conceptos relativos a economías de mercado dirigidas y reguladas por el Estado, en las cuales se reconoce que “un mercado libre puede fallar en conducir a la economía hacia un estado de máxima eficiencia debido a dos tipos generales de causas: “externalidades” e imperfecciones competitivas²⁵⁹.

Pero, no solo se reconoce que las economías de mercado no son perfectamente competitivas, sino que el propio mercado se reconoce como un instrumento de materialización de los fines del Estado dentro de los parámetros que fundamentan el Estado social²⁶⁰. Por ende, la libertad económica puede ser regulada, restringida y vigilada con base en criterios o razones de interés general, ambiental o social²⁶¹.

La concepción de Estado social impregna el concepto de libertad económica de tal forma que para el Estado es imperativo regular y restringir la actividad *libre* de los particulares en sectores tan sensibles para la sociedad como lo son los servicios públicos²⁶². En especial, cuando se trata de facetas o dimensiones

²⁵⁹ Cuevas se refiere a la teoría neoclásica y define la “externalidad”, siendo esencial en la producción, como “la falta de coincidencia, en algunos casos, entre el costo privado y el costo para la sociedad”. Es decir, aclara Cuevas, “en el caso de la firma, la minimización de costos dejaría por fuera de consideración algunos costos sociales”. Confróntese Cuevas, Homero. *Teorías económicas del mercado*. Bogotá: Universidad Externado, 2007, p. 285.

²⁶⁰ Según Ramírez Cardona, “Ese Estado social de derecho sigue correspondiendo a un Estado capitalista donde el interés general efectivamente garantizado por el derecho continúa siendo el del capital en su conjunto de cuyo desarrollo (obtención y acumulación individual y clasista de ganancias) depende el trabajo de la mayoría de la población y el bienestar de toda la sociedad”. Véase Ramírez Cardona, Alejandro. *El Estado de Justicia. Más Allá del Estado de Derecho*. Bogotá: Temis. 1996. p. 178.

²⁶¹ Véase, en nuestro caso, los condicionantes establecidos por el artículo 333 de la Constitución de 1991, en cuanto la posibilidad de limitar la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

²⁶² Montaña se refiere al respecto al determinar que “resulta indiscutible que la garantía de la libertad económica no se limita en la actualidad a permitir el ejercicio libre de la actividad económica a los particulares sin restricción alguna; es imperativo del Estado “regular” las actividades económicas de modo que puedan estas desarrollarse en un marco de lealtad, igualdad y solidaridad de los distintos agentes económicos, y sobre todo sin afectar situaciones subjetivas concretas, no solo de otros agentes económicos

prestacionales derivadas de derechos fundamentales como lo son los servicios de salud derivados del derecho a la salud.

La tendencia hacia la privatización de los servicios públicos, además esenciales²⁶³ como en el caso de los servicios públicos de salud, no puede implicar la negación estatal de asumir la garantía integral del derecho fundamental a la salud y de los servicios que de él se deriven en aras de la garantía de la protección a ultranza de la libertad económica como mecanismo regulador único de los servicios de salud. Por ello, actualmente, como luego se verá en el análisis de la jurisprudencia al respecto del derecho a la libertad económica, ésta no es absoluta, y como ya se advirtió, se encuentra limitada por el bien común y por los claros fines que persigue el Estado en pro del desarrollo integral de las personas y de las comunidades.

A manera de pauta conceptual, para efectos del presente trabajo, se dirá que la libertad económica es la facultad de participar en las economías de mercado y en el uso de la libre iniciativa a la creación de empresa y de competir en ellas sin más restricciones que aquellas derivadas del concepto de bien común y del interés general.

2.1.2 Concepto de libertad económica en la legislación y jurisprudencia constitucional colombiana. En ese contexto, es decir, en el marco de una economía globalizada, de un Estado regulador y de la concepción de un Estado social de derecho, en Colombia la concepción de la libertad económica hace parte estructural de nuestro modelo de Estado, a la luz del artículo 333 de la

sino también de los consumidores”. Véase Montaña Plata, Alberto. “Alcance de la libertad económica privada en el régimen de los servicios públicos introducido por la Constitución de 1991”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. *Revista Derecho del Estado*. n°. 14, junio de 2003, p. 199.

²⁶³ La Ley 100 de 1993 determinó expresamente que la faceta de servicio público del derecho fundamental a la salud fuese esencial. Véase el artículo 152 de dicha norma.

Constitución Política²⁶⁴. No obstante, puede ser limitado por razones de interés social, en defensa del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación.

En lo que se refiere a las limitaciones que implica el ejercicio de la libertad económica, en sus acepciones de derecho a la libre empresa y el derecho a la libre competencia, se puede decir que la libertad económica permite a los particulares el libre mercado dentro de los límites del bien común. En ese contexto la actual Constitución parece establecer una Economía Social de Mercado dirigida (en adelante ESM).

Según la Corte Constitucional, en la sentencia C-616 de 2001²⁶⁵, la reforma de 1991 adoptó el modelo propio de una *economía social de mercado*²⁶⁶, e introdujo una serie de principios e instituciones para armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos, entre los cuales el de la libertad económica tiene un valor superior dentro del ordenamiento jurídico²⁶⁷.

²⁶⁴ Según este artículo: “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

²⁶⁵ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 32.

²⁶⁶ Según Galán Sánchez el “... modelo sugerido por la economía social de mercado consiste en el manejo del equilibrio social con la libertad económica en el mercado...”. Galán Sánchez, Fabio Hernando. “La Economía social de mercado. Un modelo económico constitucional”, en *Derecho y Jurisprudencia*. Revista Temática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Derecho Económico y Financiero. n.º 2, año 2005, p. 69. Alfred Müller-Armack, citado por Galán Sánchez, en el texto referido expresa que la “ESM tiene como fin principal permitir crear instituciones capaces de facilitar el libre juego del mercado, con una dinámica que comprometa la actividad del Estado en la solución de problemas sociales que se generen por los efectos del mercado, mediante la redistribución del ingreso en forma de mecanismos prestacionales y asistenciales...”.

²⁶⁷ Citando a Galán Sánchez, “el modelo de ESM de la Constitución económica de 1991 tiene un carácter dignificador de la persona humana, se funda en la consagración y respeto de los derechos sociales y económicos, la competencia económica, un mercado con normas impuestas por el Estado. Según su concepto, la Carta de 1991 tiene una concepción humanista del proceso económico en procura del mantenimiento de un orden justo, que cumpla los postulados éticos del Estado social de derecho.

Se acoge la concepción de un modelo de ESM para el presente trabajo y del cual partiremos objetivamente, ya que un análisis de la efectividad o no del modelo o de la conveniencia o no del mismo, obviamente no hace parte del presente escrito. Sin embargo, se debe aclarar que la concepción que se acoge y que fue referida por la Corte Constitucional no es aceptada unánimemente, ni es pacífica²⁶⁸. Empero, desde la concepción de Colombia como un Estado social, los propios fines esenciales del Estado, la función social de la empresa y los principios de solidaridad y de la prevalencia del interés general, parece deducirse tal modelo, el cual, se reitera, se acoge por su relación directa con los conceptos construidos en el marco del derecho fundamental a la salud. En tal sentido Correa Henao es contundente en afirmar que "... la economía de mercado es un principio estructural de la Constitución económica, en la medida que con él se representa el componente integrador preferentemente libertario en el que reposa la totalidad de las cláusulas de ordenación de la economía al interior del Estado"²⁶⁹. Igual, la autora en cita señala que la economía de mercado es un supuesto de la ordenación económica constitucional en Colombia, pues está descrita, dice Correa Henao, a través de los componentes esenciales que la perfilan, entre ellos el derecho a la propiedad privada y al trabajo, e indica que la inserción de la economía de mercado en la Constitución es clara en los contenidos del artículo 333²⁷⁰. Pero es su inserción en el contexto del bien común, del bienestar general y del propio Estado Social la que

²⁶⁸ Precisamente, Galán Sánchez expresa al respecto que "... En este punto es conveniente decir que nuestra Corte Constitucional ha señalado en varias sentencias la existencia del modelo económico social de mercado, pero hay que ser prácticos y recordar que en teoría constitucional las normas de la parte económica de la Constitución son flexibles y neutrales; en consecuencia, la Ley Fundamental no sanciona ningún modelo en concreto, por el contrario, faculta en la interpretación de principios, valores y derechos con amplia libertad al garante y al intérprete de la Constitución el señalamiento del modelo para cada momento histórico; en nuestro caso el modelo económico ha sido indicado por la Corte Constitucional y desarrollado por el legislador, el Ejecutivo y la banca centra"l. Galán Sánchez, Fabio Hernando. Ob. cit., p. 105. Véanse además las sentencias C-398 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 16, y la C-243 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 19, en cuanto afirman que la Corte no ha establecido un modelo económico determinado, exclusivo y excluyente.

²⁶⁹ Ob. cit., p. 125.

²⁷⁰ Ibídem.

le da su connotación de economía social de mercado y protege la libertad económica y la empresa en tal sentido.

Doncel Ballén considera que el texto constitucional, por el contrario, es neutral y tiene un carácter abierto, al afirmar que la mejor prueba del carácter abierto de nuestra Constitución nos la suministra el artículo 334, al reconocer de manera general la iniciativa pública en la actividad económica que representa la superación del principio de subsidiariedad y la elevación a rango constitucional del principio de compatibilidad entre la iniciativa económica pública y la iniciativa económica privada²⁷¹. En lo que coinciden las diferentes posiciones es en afirmar que el Estado social de derecho constituye el marco orientador de los procesos económicos del país.

De su parte, los autores Uprimny y Rodríguez G.²⁷² también hablan sobre el tema en cuestión y dicen que la Constitución es, de una parte, valorativa y normativa, pero, de otra parte, es abierta porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas.

Alexei Julio²⁷³ afirma que es difícil determinar cuál es el modelo económico que establece la Carta, pero expresa que en definitiva se puede concluir que se trata de un modelo mixto que mezcla elementos de naturaleza liberal con otros propios de una economía dirigida, típicos del constitucionalismo del Estado social, en el que en definitiva estos últimos gozan de primacía. Para Alexei Julio

²⁷¹ Véase La Constitución económica: una interrelación entre derecho y economía, en *Derecho y Jurisprudencia*. César Augusto Doncel Ballén. Revista Temática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Derecho Económico y Financiero, n.º. 2, año 2005, p. 55.

²⁷² Véase Rodrigo Uprimny y César Augusto Rodríguez G. *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*. Debates de Coyuntura Económica.

²⁷³ Alexei Estrada, Julio. “Economía y Ordenamiento Constitucional” en *Teorías Jurídicas y Económicas del Estado*. Homero Cuevas y otros, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1ª ed., 2002, pp. 192-196.

el modelo económico que consagra la Constitución de 1991 no se trata de una “economía social de mercado”, como, según el autor en cita, erróneamente señalan algunos fallos del supremo intérprete.

Pese al carácter abierto de la Constitución y a sus normas de contenido abierto e indeterminado²⁷⁴, ya que no define específicamente un modelo económico rígido, Colombia ha venido transitando, por lo menos en teoría y en el marco de un sistema capitalista, por una economía de mercado²⁷⁵, pasando por el intervencionismo económico, por el modelo neoliberal²⁷⁶, por las actuales teorías neoestructuralistas²⁷⁷, hasta llegar a un modelo que parece haber retomado los principios básicos de la economía social de mercado, y que con pretensiones de ajuste a las disposiciones constitucionales –quizá como lo refiere Hidalgo Capitán–ha llegado a *una convergencia de corrientes*²⁷⁸ de pensamiento económico. Modelo que permite la concurrencia de los principios y

²⁷⁴ Véase Alexei Julio. Ob. cit., pp.189-191, en cuanto dice que pese a los problemas que entraña la utilización de normas de contenido abierto e indeterminado como parámetro de juzgamiento de políticas económicas, el intérprete constitucional ha identificado claros principios que caracterizan la Constitución económica de la Constitución de 1991, de los cuales se destaca a manera de resumen la garantía de la libertad económica en función del bien común.

²⁷⁵ “Es aquella en la que las relaciones entre productores y consumidores se rige por las leyes de la oferta y la demanda.”. En [<http://www.economia.cl/aws00/servlet/aawsconver?1,,500369>].

²⁷⁶ Cuyas propuestas para hacer frente al problema del subdesarrollo quedaron sintetizadas en lo que se conoce como el *Consenso de Washington*.

²⁷⁷ De acuerdo con Hernández Bielma, la corriente neoestructuralista rescata y da continuidad a la tradición estructuralista, mantiene una preocupación sistemática por la concepción y la ejecución de estrategias y políticas económicas que posibiliten el equilibrio entre la inserción activa sobre los mercados exteriores y una mayor autonomía nacional; procurando preservar los equilibrios macroeconómicos y velar sobre la coordinación entre el corto y el largo plazo, la concertación entre los sectores público y privado. Véase Hernández Bielma, Leticia. “Análisis Contemporáneo del Proceso de Integración Económica Regional en América Latina”, *Revista Análisis Económico*, primer cuatrimestre, vol. XXI, n.º 046. Universidad Autónoma Metropolitana – Azcapotzalco. México. 2006, pp. 291, 305.

²⁷⁸ Hidalgo Capitán afirma que el debate que se ha producido en la economía del desarrollo en los años noventa ha servido para limar diferencias entre las diferentes corrientes de pensamiento. Según el autor, en cita, los neoliberales han conseguido que se acepte de forma generalizada la necesidad de una estabilización y de un ajuste estructural que oriente las economías hacia el exterior con el fin de aprovechar las ventajas que ofrece un entorno internacional globalizado. Los neoestructuralistas han conseguido que se acepte que el papel del Estado es esencial en el proceso de desarrollo y que éste debe seguir interviniendo en la economía, aunque si bien con un nuevo enfoque. Los alternativos han conseguido que las cuestiones sociales y, particularmente, la lucha contra la pobreza ocupen un lugar prioritario en las estrategias de desarrollo, evitando que dichas cuestiones queden reducidas al efecto cascada del crecimiento económico. Véase *El cambio estructural del sistema socioeconómico costarricense desde una perspectiva compleja y evolutiva (1980-1998)*. 2.2.4.- Hacia una convergencia de las corrientes. Antonio Luis Hidalgo Capitán. Universidad de Huelva.

finés sociales con las libertades económicas y de producción en el marco de un Estado social de derecho que protege lo social pero también la libertad económica y la empresa.

Precisamente con relación al tema de la protección constitucional a la empresa, la sentencia C-624 de 1998²⁷⁹ señaló que ésta comprende además la “unidad viviente que ella conforma”²⁸⁰, es decir, se protegen los elementos que en ella convergen y se articulan los elementos referidos al trabajo, al capital privado, la propiedad y el recurso humano. Por tanto, se protege la empresa como base del desarrollo dentro de la actividad económica²⁸¹. Así mismo, la empresa puede ser objeto de limitación por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación²⁸². Por ello, la libertad económica y la libertad de empresa no son ni pueden ser derechos absolutos²⁸³.

La empresa como base del desarrollo económico tiene una función social y por mismo claras responsabilidades con la comunidad y el interés general, y evita que el ejercicio de la libertad económica, de la libre empresa y libre competencia se tornen en un ejercicio arbitrario. Precisamente, por ello las limitaciones que la ley pueda llegar a definir en cuanto al derecho de libertad económica y de la libre empresa, así como en general la intervención del

²⁷⁹ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 17. En igual sentido véase la sentencia C-616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 33.

²⁸⁰ Véase en el mismo sentido la Sentencia T-291 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 10.

²⁸¹ Véase la Sentencia T-291 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 10.

²⁸² Véase la sentencia C-415 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 4.

²⁸³ “La libertad de empresa no es, pues, un derecho fundamental y tampoco es un derecho absoluto, pues encuentra límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Igualmente, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones (C. P. art. 333)”. Sentencia C-070 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 25; véase también la sentencia C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 8; y la sentencia C-243 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 18. Sobre la iusfundamentalidad del derecho a la libertad de empresa se reitera el desacuerdo con la clasificación de no fundamental que realiza la Corte, desacuerdo que tiene las mismas bases de lo expuesto con relación al derecho a la libre competencia.

Estado en la economía, deben corresponder a serios y razonables criterios de intervención.

El Estado tiene la facultad constitucional, la competencia y el deber de regular, dirigir e intervenir la economía en aras de la prevalencia del interés general sobre el particular. En un sentido amplio, toda regulación del Estado en materia económica es una intervención de este, por tanto, puede haber diferentes tipos de intervención económica por parte del Estado. La libertad económica en sus dos componentes: la libertad de empresa y la libertad de competencia, no es entonces un derecho absoluto y puede ser limitado. La limitación al derecho a la libertad económica no puede tampoco ser arbitraria, debe responder a causas de interés general, de interés social, ecológico o cultural de la nación, y a la búsqueda de un orden económico, político y socialmente justo. La limitación constitucional de la libertad económica para que sea legítima debe, en consecuencia, responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Según criterio de la Corte Constitucional, se ha definido que una intervención legítima a la libertad económica debe reunir varias condiciones: llevarse a cabo necesariamente por ministerio de la ley, no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa, obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación, obedecer al principio de solidaridad y responder a los criterios arriba enunciados. La Constitución económica permite la concurrencia de los particulares en la oferta y prestación de los servicios públicos, pero en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de los servicios en cuestión²⁸⁴.

²⁸⁴ Según Correa Henao la Constitución económica "... establece un marco de principios dentro de los cuales los poderes públicos, el legislador en particular, en ejercicio de sus competencias, pueden configurar el sistema jurídico-económico público y privado, para responder así a la pluralidad de intereses legítimos constitucionalmente admitidos. Neutralidad o rigidez relativas, que tendrán su reflejo en la definición positivista de libertad de empresa o libertad económica, como parte de esa noción específica de Constitución". Ob. cit., p. 94.

Debido a la importancia social y económica de los servicios públicos en la realización de los fines esenciales del Estado en el marco del Estado social de derecho, ellos tienen una regulación más intensa que los mercados diferentes a tales servicios o bienes. En palabras de Dromi: "... El contrato de delegación de prestación del servicio público, por el cual el contratista particular sustituye a la Administración en la gestión, se otorga directa e inmediatamente en *interés público*, y la actividad sigue siendo un servicio *público*"²⁸⁵, ello justifica la regulación estatal del servicio. En consecuencia, los servicios públicos siendo inherentes a la finalidad del Estado respecto del bienestar y calidad de vida de los colombianos se encuentran sometidos a la ley.

Así mismo, en el marco de un Estado social de derecho, fundado en la dirección general de la economía por parte del Estado, la libertad económica está sometida a limitaciones potenciales más severas que las otras libertades y derechos constitucionales²⁸⁶. Esta intervención además tiene fundamento en los instrumentos internacionales, tal como se regula en el PIDESC, aprobado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968 que señala en su artículo 4º que los Estados pueden limitar por ley este tipo de derechos con el fin de promover el bienestar general en una sociedad democrática, siempre y cuando tales restricciones sean compatibles con la naturaleza del derecho. Igualmente, la Convención Interamericana, incorporada al ordenamiento colombiano por la Ley 16 de 1972, en su artículo 21, reconoce la propiedad privada, pero claramente determina que la ley puede subordinar su uso al interés social; y el artículo 30 de ese instrumento internacional precisa que esas restricciones deben ser

²⁸⁵ Precisamente, agrega Dromi que la necesidad pública que se satisface con esta prestación a través de sujetos privados justifica que su regulación, ordenación y organización, fiscalización y régimen sancionatorio, con *entes reguladores* para cada servicio, sea establecida por el Estado a fin de garantizar el mantenimiento de las prestaciones y promover la expansión del servicio. Véase Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, pp. 860-861.

²⁸⁶ Véase las sentencias C-265 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 19, C-524 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 10, y la C-624 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 19 y ss.

dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas²⁸⁷.

La Sentencia C-624 de 1998²⁸⁸ señaló que el control de constitucionalidad en materia económica no puede ser estricto, ya que la Constitución reconoce la exigencia de flexibilidad y de oportunidad del legislador en dicha materia. Por tanto, dice la sentencia, sólo en los casos en que tales restricciones o prohibiciones lesionen de manera evidente, manifiesta y directa derechos fundamentales, violen claros mandatos de la norma fundante, o arbitrariamente carezcan de motivos adecuados y suficientes para limitar los derechos, imponiendo regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez en su momento declarar la inconstitucionalidad de la norma, por ello la Corte ha establecido los parámetros jurisprudenciales de evaluación para establecer la legitimidad de las restricciones del legislador²⁸⁹.

Sobre el tema de la regulación, la Sentencia C-150 de 2003²⁹⁰ enfatizó que en un sentido amplio todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Sin dicha regulación, sostiene la sentencia en cita, el mercado económico no podría existir ni funcionar. Intervención que puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes²⁹¹, pero tales restricciones se deben hacer en un marco de igualdad, sin perjuicio de las

²⁸⁷ Confróntese la Sentencia C-624 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 20.

²⁸⁸ *Ibíd.*, p. 20.

²⁸⁹ Tales parámetros son, según la Sentencia C-624 de 1998: “(i) si la limitación –o prohibición– persigue una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”. p. 20.

²⁹⁰ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 89.

²⁹¹ Véase también la Sentencia C-100 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 13.

distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad²⁹².

Sobre el tema de los servicios públicos y su regulación, en términos generales, la Sentencia C-408 de 2004²⁹³ reitera que al Congreso le corresponde expedir las leyes que regirán la prestación de los servicios públicos, los cuales se encuentran sometidos al régimen jurídico que establezca la ley. Podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, pero en todo caso el Estado mantendrá la regulación, el control y vigilancia de los servicios en cuestión²⁹⁴. La Sentencia C-1041 de 2007²⁹⁵ enfatizó en que la intervención del Estado en la economía se hace actuando en su calidad de director general de la economía y en representación del pueblo.

²⁹² Confróntese la Sentencia C-870 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 28. Al respecto la Sentencia C-070 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 25; expresó: “Aun cuando la libertad de empresa admite limitaciones, las mismas deben en todo caso obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Al efecto, la Corte ha indicado que tal intervención debe reunir varias condiciones: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. La sentencia cita a su vez las sentencias: T-291 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes, p. 11; T-240 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11, y la C-398 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 15. Doctrina que se encuentra en la Sentencia SU-182 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz - José Gregorio Hernández Galindo, p. 28.

²⁹³ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 150.

²⁹⁴ La Sentencia C-955 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 36, refirió que la función estatal de “regulación” socio-económica constituye una forma de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención. Es una función eminentemente técnica. Está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo. En palabras de la Corte: “... en ciertas ocasiones la función de regulación socio-económica adquiere especial trascendencia, por cuanto mediante ella se normativiza una actividad o un servicio cuyo cumplimiento o prestación involucra la efectividad de derechos fundamentales, como sucede en el ámbito de la prestación de los servicios públicos. Por ello, en este último campo el legislador ha diseñado diversos órganos de regulación, a los que usualmente ha llamado “comisiones de regulación”. Véase también la Sentencia C-150 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 89.

²⁹⁵ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 76. Véase también la Sentencia C-615 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 15.

En lo concerniente a los servicios públicos, expresa la sentencia que la intervención económica adquiere una finalidad específica consistente en asegurar la satisfacción de necesidades básicas que se logra con su prestación. Puntualiza que la intervención del Estado en la actividad de los particulares que asumen empresas dedicadas a este fin es particularmente intensa, y su prestación se somete a especial regulación y control.

El tema de la intervención económica del Estado en lo referente al derecho fundamental a la salud, en su faceta de servicio público, prestado por particulares, es analizado especialmente por las sentencias C-260 y C-289 de 2008²⁹⁶ que reiteran la jurisprudencia que se viene comentando en aplicación del servicio público de salud. Las sentencias señalan que la intervención económica del Estado, específicamente en materia de servicios públicos, tiene la finalidad de asegurar la satisfacción de necesidades básicas –art. 334 C. P.– y que la limitación de la integración vertical no debe restringir el goce efectivo del derecho a la salud, por lo tanto, dicha intervención debe preservar la libertad de elección de los usuarios y fundarse en criterios objetivos previamente determinados y publicados.

2.1.3 Componentes del concepto de libertad económica. Por componentes del concepto de libertad económica se entenderán las facultades jurídicas que se derivan de tal concepto en favor del sujeto beneficiario de la libertad económica. En tal sentido, es posible señalar que del concepto de libertad económica se derivan las siguientes facultades jurídicas²⁹⁷:

- Libertad de acceso al mercado. La libertad de acceso o ingreso al mercado comporta, según Correa Henao, al menos dos posiciones jurídicas de

²⁹⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 14 y 9 y ss., respectivamente.

²⁹⁷ Correa Henao los describe como atributos propios de la libertad de empresa o económica. Ob. cit., pp. 435 y ss. A las señaladas por Correa Henao se ha adicionado la de la autonomía administrativa, comercial y técnica.

libertad básicas: la posibilidad de constituir la empresa a través de los actos jurídicos necesarios y que se puede concretar, bien mediante su creación propiamente dicha o a través de la adquisición de empresas ya existentes. Pero también, dice la autora, se plantea como la libertad de ubicar la empresa en el lugar que se estime más conveniente para el desarrollo de los objetivos propios de tal actividad²⁹⁸. En ambos casos constituye una posibilidad en abstracto que tiene cualquier persona de ingreso al mercado.

- Libertad de fijación de establecimiento o libertad de instalación. Constituye, según la autora en comentario, una manifestación efectiva y concreta del atributo antes señalado²⁹⁹. Por tanto, es una forma material de ejercer la libertad de acceso al mercado, de establecer un domicilio comercial o de constituir un establecimiento de comercio.
- La fijación de horarios y en particular los horarios comerciales. Aun con las limitaciones propias de tipo sanitario, ambiental o laboral, entre otras causas, la libertad de fijación de horarios y en particular de horarios comerciales se puede entender como elemento propio de la iniciativa económica³⁰⁰. Es precisamente un elemento estructural de la libertad económica en cuanto le permite al empresario adecuar sus tiempos de producción o de servicio de acuerdo con sus propias necesidades, costos y acceso a los consumidores. En lo relacionado con los horarios laborales quizá es más estrecha la posibilidad de maniobra, toda vez que ellos normalmente responden a protecciones específicas e irrenunciables de los trabajadores, y esto no implica que el empresario no pueda adecuar los tiempos de trabajo permitido por las leyes laborales a las necesidades de su

²⁹⁸ Correa Henao cita a Rojo para precisar que la libertad de acceso al mercado significa propiamente una *libertad del sector económico*, consistente en que cualquier persona puede crear empresas en el sector de su interés, sometido sólo a las normas legales justificadas y razonables que imponga cada área en particular. Ob. cit., p. 439.

²⁹⁹ Cfr. Ob. cit., p. 440.

³⁰⁰ Cfr. Ob. cit., p. 442.

empresa. Ello reitera que la determinación de horarios laborales con base en las leyes sociales obedece más a la protección del trabajador que a una negación de la libertad de empresa.

- La libertad de mantenerse en el mercado. Correa Henao entiende el atributo de libertad de permanencia como el reconocimiento al sujeto del derecho a la posibilidad de decidir voluntariamente el continuar produciendo bienes o servicios, el seguir afectando un conjunto de bienes e intereses a dicho empeño y el perseverar en la competencia por un puesto de mercado y por sacar provecho de ello³⁰¹. De tal atributo puede derivarse la condición subjetiva de que el empresario tenga vocación de permanencia y de estabilidad en el mercado, o de sólo participar en él en forma transitoria.
- Libertad para retirarse del mercado. Como posibilidad de dar por terminada la actividad comercial, la libertad de retirarse del mercado hace parte de la libre iniciativa económica y de empresa. Por tanto, en comienzo, corresponde a la decisión libre del empresario de salir o no del mercado. No obstante ello, existen condicionamientos de tipo laboral o comercial que pueden limitar tal decisión. Limitaciones que antes que desconocer la libertad de empresa pretenden proteger los intereses sociales, comerciales o de tipo laboral involucrados en una eventual decisión de retiro del mercado.
- Autonomía administrativa, comercial y técnica. La autonomía administrativa, comercial y técnica de manejo de la actividad comercial hace parte de los componentes o atributos de la libertad económica. La posibilidad de dirigir la empresa con base en los presupuestos administrativos que el empresario considere pertinente, la posibilidad de realizar los actos de comercio de acuerdo con los objetivos del negocio y de anunciar libremente la empresa en términos de publicidad y de producir bienes o servicios con base en

³⁰¹ Ob. cit., p. 450.

aspectos técnicos propios de cada actividad son parte inherente a la libertad de dirección del negocio. Libertad que puede ser también limitada por condiciones ambientales, sanitarias, técnicas, o por el bien común y el interés general, sin que por ello implique la negación de la autonomía empresarial.

- El interés económico o ánimo de lucro. Tal como lo expresa Correa Henao, en Colombia el interés de un beneficio económico como parte de la libertad económica y de empresa se ha reconocido como parte esencial de tales libertades³⁰². Citando a Rojo, la autora expresa que la libertad de empresa trae como consecuencia el reconocimiento del derecho de ganancia (y la legitimidad del lucro)³⁰³, lo cual implica que el beneficio económico sea un elemento sustancial y finalístico de la libertad económica y del ejercicio de la libertad de empresa.

En términos de Sabogal Bernal, las distintas formas que integran la libertad de empresa son: la libertad de fundación de una empresa, libertad de organización del empresario, libertad de dirección de la empresa, libertad de la actividad en el mercado³⁰⁴. Tales libertades, a manera de contenido esencial del derecho a la libertad económica, dan muestra de los aspectos relevantes que hacen parte de tal libertad.

De la libertad de fundación de empresa, el autor citado expresa que en orden cronológico es el primer aspecto de la libertad de empresa, bajo un ejercicio no

³⁰² Cfr. ob. cit. La autora explica que “la existencia de la intención de lucro como parte de la libertad económica se ha dado a través de cuatro consideraciones distintas: 1. Como elemento central de definición de derecho fundamental; 2. Como ingrediente de distinción frente a otros derechos y, por esa vía, como criterio para determinar las limitaciones que la libertad económica admite; 3. Como atributo del que se derivan otras facultades para el empresario, y 4. Como fundamento para la limitación de otros derechos”, p. 461.

³⁰³ Ob. cit., p. 466.

³⁰⁴ Véase Sabogal Bernal, Luis Fernando. *Nociones Generales de la Libertad de Empresa en Colombia*. Bogotá: Revist@ e-Mercatoria, Universidad Externado de Colombia, Vol. 4, n°. 1, 2005, pp. 9 y siguientes del documento.

absoluto, que responde a unas condiciones objetivas y subjetivas que la ley impone en miras a preservar el interés general de la comunidad. Sobre la libertad de organización determina Sabogal Bernal que hacen parte de dicha libertad los elementos relacionados con: la determinación de la forma jurídica en la que se va a constituir la empresa, la definición de su estructura interna, la asignación de nombre e incluso la ubicación del domicilio. En cuanto a la libertad de dirección de la empresa, se refiere a que dentro de tal marco se encuentran, a su vez, la libertad de planificación económica, la libertad de contratación de capital humano, la libertad de producción, y la libertad de inversión y desarrollo. Finalmente, en el contexto de la libertad de la actividad en el mercado, Sabogal señala que son inherentes a ella la libertad del empresario de fijar como le parezca los precios de sus productos, la de distribución y venta de sus productos o servicios, la libre competencia, la libertad contractual y la protección a los secretos industriales de la empresa.

De otra parte, se debe referir que de la libertad económica como concepto amplio se derivan en términos generales el librecambismo en las relaciones comerciales internacionales, la libertad de empresa en el interior de cada país, sin que deba ser regulada por la actividad de gremios, sindicatos que fuercen a una negociación colectiva o corporaciones empresariales que eviten la competencia, la no intervención del Estado o la implantación de una economía planificada y el índice de “libertad económica”³⁰⁵

2.2 CONCEPTO DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

La libertad económica ha trascendido de ser un concepto ideológico aplicado a la economía de mercado a convertirse en principio estructural del Estado y en

³⁰⁵ Véase, Gómez Castañeda, Ómar Ricardo en documento *Libertad Económica*, disponible en: [<http://pensardenuevo.org/libertad-economica/>].

un derecho constitucional³⁰⁶. Como principio estructural, si se quiere fundante del Estado actual, tiene sus raíces arraigadas en las bases de la economía de mercado en el marco de la ideología capitalista o neoliberal. Como derecho tiene su reconocimiento en la Constitución de 1991 y se enmarca en los principios de la denominada *Constitución Económica*.

Con el fin de señalar los aspectos básicos del derecho a la libertad económica se hará un breve recorrido de tal derecho, siguiendo el mismo esquema utilizado en su momento para analizar el derecho fundamental a la salud. Esto es, describir la evolución del concepto de derecho a la libertad económica, señalar los componentes de dicho derecho y analizar su naturaleza jurídica con el fin de poder dejar sentadas las bases del análisis posterior del presente escrito.

2.2.1 Evolución del concepto de derecho a la libertad económica. El derecho a la libertad económica ha evolucionado desde la concepción absoluta del liberalismo económico hasta la concepción regulada del modelo neoliberal. De otra forma, lo ha hecho desde el Estado liberal hasta el Estado social, pasando por el Estado benefactor, y desde el concepto general de libertad económica al concepto compuesto de otras libertades como la libertad de empresa y la libre competencia.

Ha evolucionado desde un derecho casi absoluto, a un derecho no absoluto³⁰⁷, por tanto restringible por el legislador, siempre y cuando su restricción sea proporcionada; pero en todo caso inmerso en el marco del modelo económico

³⁰⁶ La Sentencia T-425 de 1992 se refiere a que la libertad económica ha sido consagrada como el pilar básico del régimen económico de tal Constitución de 1991. M. P. Ciro Angarita Barón, p. 12.

³⁰⁷ En varias sentencias la Corte Constitucional se ha referido a que el derecho a la libertad económica no es un derecho absoluto. Entre otras, las sentencias C-384 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 23; T-583 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 9; C-717 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 9; C-578 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 18; C-100 de 2005, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 13; C-1158 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 25; y la C-486 de 2009 M. P. María Victoria Calle Correa, p. 20.

colombiano y como parte estructural de nuestro Estado social y democrático de derecho.

Dicha evolución, sin duda, se ha dado en igual sentido que los cambios operados en las concepciones económicas y en los cambios de concepción social y política de los Estados, y que responden a la misma línea de evolución del propio concepto de libertad económica.

En tal sentido, el derecho a la libertad económica sigue la línea desde un derecho, como concepción absoluta, en donde las libertades de empresa y de competencia no tenían más límite que la regulación libre del mercado, sin intervenciones ni regulaciones estatales hasta la concepción de un derecho enmarcado en específicos marcos constitucionales y legales que tratan de regular la libertad económica en función del bienestar común y del interés general. Podría decirse, igualmente, que el derecho a la libertad económica transita desde una concepción individualista de tal derecho, esto es, el derecho considerado en sí mismo como un fin, hacia una concepción integral y sistémica de tal derecho, es decir, un derecho que se integra y se relaciona directamente con otros derechos constitucionales en calidad de instrumentos de un fin supremo constitucional: el bienestar general.

2.2.2 Componentes del derecho a la libertad económica. Siguiendo los presupuestos de los componentes del concepto de libertad económica, los componentes del derecho a esta deben responder a la garantía por parte del Estado de los derechos específicos o de las facultades, como antes se les denominó, derivadas de dicha conceptualización.

Tal como lo expresa Correa Henao³⁰⁸, “el elemento común de la libertad económica como autonomía reconocida al sujeto del derecho para autodeterminar el ingreso, permanencia o retiro del mercado sólo protege en tanto posición jurídica de libertad, no en su carácter de faceta o de dimensión prestacional. Ello implica que se protege la libertad de constituir empresa, de escoger el tipo de bien o de servicio por ofrecer”³⁰⁹, de intervenir en el mercado y de participar en él, pero no se protege ni se garantizan las condiciones fácticas de su desarrollo ni el éxito de la empresa.

En tal sentido, los componentes de libertad de acceso al mercado, de fijación de establecimiento o de instalación, de fijación de horarios y en particular los horarios comerciales, de la fijación de horarios laborales, la libertad de mantenerse en el mercado, autonomía administrativa, comercial y técnica, libertad para retirarse del mercado y de buscar ánimo de lucro con la actividad empresarial escogida confluyen en la libertad para actuar con autonomía y en la libertad contractual, pero no aseguran la viabilidad o éxito de la empresa. Menos aun cuando las propias normas constitucionales y legales pueden restringir o incentivar ciertos reglones de la producción de acuerdo con las políticas macroeconómicas del Estado o con situaciones coyunturales del mismo.

Por ello, y siguiendo el transitar de un derecho a la libertad económica de textura casi absoluta, se pasa a un derecho de textura restringida. De un derecho que partía de un amplio contexto de libertad negativa a un contexto de libertad positiva, o por lo menos de libertad formal, que se ve limitada en la realidad por múltiples factores de índole legal y fáctico. Por ello, en el caso de las EPS se han establecido requisitos de tipo legal y reglamentario que

³⁰⁸ Confróntese, Correa Henao. Ob. cit., p. 467.

³⁰⁹ Lógicamente, con la excepción de aquellos bienes o servicios que son del resorte propio del Estado.

determinan las condiciones de ingreso, permanencia y retiro del sector salud de tales entidades.

En un breve detalle de los componentes de la libertad económica con relación directa a las EPS e IPS tenemos que: la libertad de acceso al mercado de la salud se encuentra establecida en los artículos 48 y 49 de la Constitución de 1991 y en las leyes 100 de 1993³¹⁰ y 1122 de 2007; la libertad de establecimiento o libertad de instalación se encuentra en detalle determinada por las leyes citadas y por normas reglamentarias que definen las condiciones para su creación, organización, y funcionamiento³¹¹; la libertad de fijación de horarios comerciales está determinada en principio por la decisión administrativa de cada entidad, pero los horarios laborales se encuentran fijados por el Código Sustantivo de Trabajo, la Ley 50 de 1990, la Ley 789 de 2002 y los reglamentos internos de trabajo de cada entidad; la libertad de mantenerse en el mercado está regulada por el cumplimiento de los requisitos de funcionamiento y de habilitación, en especial los referidos a la actividad propia de su objeto social³¹², las relativas al régimen patrimonial³¹³ y las relacionadas con el sistema de calidad de la prestación de los servicios³¹⁴; en cuanto a la autonomía administrativa, comercial y técnica encuentra importantes controles en las normas que regulan las prohibiciones y las responsabilidades de tales entidades, las relaciones entre administradoras y prestadores de los servicios de salud, la relación con los usuarios y el propio régimen patrimonial³¹⁵; con referencia a la libertad para retirarse del mercado se

³¹⁰ Véanse los artículos 155 y 181 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2003.

³¹¹ Véanse los artículos 177 y siguientes de la Ley 100 de 1993. En igual sentido con relación a los requisitos de habilitación y de acreditación, los artículos 186 de la Ley 100 de 1993 y 25 y siguientes de la Ley 1122 de 2007.

³¹² Véase además de las leyes citadas, el Decreto 1485 de 1994.

³¹³ Véase entre otros los decretos 882 de 1998, 2699 de 2007, 4747 de 2007 y el 3511 de 2009.

³¹⁴ Véase el Decreto 1011 de 2006 y las resoluciones 1043 de 2006, 2680 de 2007 y 715 de 2010 del MPS, entre otras normas.

³¹⁵ Véanse además las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007, el Decreto 1485 de 1994, Decreto 4747 de 2007 y Resolución 3047 de 2008, entre otras normas. En el caso de la integración vertical patrimonial es clara la

encuentra limitada a su propia función social y a la garantía de continuidad de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados, en todo caso las EPS no podrán, en forma unilateral, terminar la relación contractual con sus afiliados, ni podrán negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice la cotización³¹⁶; finalmente en lo que se refiere a la libertad de buscar ánimo de lucro puede señalarse que va ligado con las garantías constitucionales y legales de los mismos artículos que permiten su acceso al SGSSS³¹⁷, por tanto, en comienzo, será legítimo que las EPS e IPS tengan ganancias por su actividad. Obviamente, en el contexto de libertad de económica y libertad de empresa en las economías de mercado sería ilógico definir hasta cuánto puede ganar una EPS o una IPS. No obstante, en el contexto de un Estado social de derecho y del derecho fundamental a la salud, tales entidades están supeditadas al cumplimiento de los fines esenciales del Estado como objetivo básico de su actividad social.

2.2.3 Naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica. Con el fin de abordar el tema de la naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica, se determinará qué tipo de derecho es, si es un derecho fundamental o no, y si es justiciable vía acción de tutela. Aquí se analizarán las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional comprendidas entre 1992 y 2008, inclusive, para esto se hará énfasis en aquellas sentencias que han constituido momentos de inflexión en la consideración de la naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica por parte del alto Tribunal.

limitación que trae el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007. Artículo que fue declarado exequible condicionadamente por la sentencia C-1041 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³¹⁶ Véase el artículo 183 de la Ley 100 de 1993.

³¹⁷ Es de anotar que la misma Ley 100 de 1993 y los Decretos 1485 de 1994 y 882 de 1998 determinan que las EPS deben constituir una reserva legal, demostrar un margen de solvencia y limitan las operaciones financieras e inversiones de tales entidades.

- **¿Qué tipo de derecho es el derecho a la libertad económica?**

En este punto coincidimos con Correa Henao que la libertad económica es un derecho de contenido económico³¹⁸. Ello destaca sólo el ámbito que está ordenado como parte de un conjunto de derechos, instituciones e institutos que integran precisamente la idea de la economía en la Constitución³¹⁹ o en su conjunto de la *Constitución económica*³²⁰. *Constitución económica* que de la mano de la Constitución Política buscan hacer eficaces los fines-funciones del Estado social y es precisamente en la concepción del Estado social en donde el derecho económico encuentra su sustento, pero también su restricción.

En el contexto anterior y desde la estrecha conexión entre el artículo 333 y los demás artículos constitucionales, en especial con los artículos 2º, 365 y 366, tal como lo ha expresado la Corte, tal derecho y sus derivados no pueden ni deben ser absolutos³²¹. Deben armonizarse con los valores constitucionales supremos,

³¹⁸ Véase Correa Henao. Ob. cit., p. 77.

³¹⁹ Ob. cit., pp. 78-79. En palabras de la autora citada, y luego de contextualizar el derecho referido desde una lectura hermenéutica más que analítica en una tipología temática de derechos, esto es, *dentro de una serie de derechos de naturaleza económica*.

³²⁰ Según Doncel Ballén, la Constitución económica emerge como un nuevo concepto que condensa ese conjunto de principios que orientan, regulan y dan contenido a la acción desplegada por los diferentes poderes económicos, a partir de un marco ontológicamente cualificado, determinado por el Estado social de derecho como la nueva forma adoptada por un Estado capitalista que se ve en la necesidad de ajustarse a nuevas demandas de los agentes en los ámbitos local y global. Ob. cit. p. 55. Sobre el tema véanse las sentencias T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 8; C-265 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 13; C-624 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 9 y ss. Según la Corte, la Constitución Económica supone entonces la realización del orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, para lo cual asume como imperativo positivo la ordenación del Estado en aras de obtener los beneficios del desarrollo armónico, de la promoción de la productividad y de la competitividad, en la explotación, transformación y producción de bienes y en la prestación de servicios. Véase la Sentencia C-865 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 53 y ss.

³²¹ En tal sentido las sentencias C-615 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 15 y la C-130 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 17, se han referido así: “No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” Además, la noción misma de empresa, similar a lo sucedido con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones (C. P art. 333)”.

de allí que deban y puedan limitarse³²². Tal concepto se comparte plenamente con base en dichos argumentos, es decir, por la connotación de la libertad económica en el marco de un Estado social de derecho. Efectivamente, inmerso en nuestra concepción actual de Estado, como un Estado social de derecho, la libertad económica y las libertades de libre empresa y libre competencia se pueden ver limitadas por tal concepción. Así mismo, por los claros fines esenciales del Estado, por la función social y ecológica de la propiedad y de la empresa, lógicamente por las funciones y características propias y especiales de los servicios públicos, en cuanto que la misma Constitución Política permite la concurrencia de particulares en su oferta y prestación, pero relacionados directamente con su función de bienestar.

El derecho a la libertad económica se encuentra regulado adicionalmente por otras normas jurídicas, en especial cuando la libertad económica está relacionada con la oferta de los servicios públicos. En ese sentido se pueden enunciar, entre otros, los siguientes artículos constitucionales: el artículo 334 en cuanto determina que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado; el artículo 365, toda vez que establece que los servicios públicos son inherentes a la función social del Estado, estipulación que obviamente es conexas con lo establecido por los artículos 2º y 366 de la Constitución Política de Colombia, en cuanto determinan las funciones esenciales del Estado, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del mismo.

³²² En el mismo sentido, la Sentencia C-068 de 2009, reitera que: “Esta Corte ha puesto de presente que la libre competencia y la libertad económica que reconocen los artículos 333 y 334 de la Constitución Política no son absolutas. Deben ejercerse *dentro de los límites del bien común* y, desde luego, con estricta sujeción a sus mandatos. A su vez, la garantía de la libertad económica y de la libre empresa en modo alguno impide a las autoridades ejercer sus competencias de regulación normativa ni establecer incentivos o estímulos para que por medio de la inversión privada se promueva el bienestar general, ya que estas modalidades de intervención se basan en mandatos constitucionales expresos y realizan otros fines constitucionalmente legítimos”. M. P. Mauricio González Cuervo, p. 21.

En efecto, el Estado social, entendido actualmente no como un Estado benefactor o intervencionista sino como un Estado que promueve la libertad fáctica, la igualdad material y la solidaridad como un principio fundamental del Estado, además de la promoción y de la garantía del trabajo, la seguridad social, el derecho fundamental a la salud y la propia libertad económica, otorga a esta libertad una función predominantemente social. Igualmente, tal carácter delimita los alcances en el goce de tal derecho, en especial cuando se vincula con la administración o prestación de los servicios públicos y esenciales de salud como faceta prestacional del derecho fundamental a la salud. Es claro que la propia Constitución permite la concurrencia de particulares en la administración y prestación del servicio público y esencial de salud, igual que los particulares intervengan conservando el *interés económico como un atributo propio de corte finalístico frente al mercado*³²³, pero igual la especialísima calidad del bien jurídico tutelado –la salud integral en los términos construidos en este trabajo– hace que el “mercado” aun siendo un *mercado saludable* no se pueda comparar con otros mercados de bienes o servicios tipo manufactura, venta de carros, construcción o cualquier otro que les sea asimilado.

En cuanto la naturaleza iusfundamental o no del derecho de la libertad económica la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido en el sentido de señalar que tal derecho no es en sí mismo un derecho fundamental, aunque podría serlo por conexidad o extensión³²⁴. En tal vía, desde la Sentencia SU-157 de 1999³²⁵, se ha determinado que “si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden

³²³ Véase Correa Henao. Ob. cit., p. 458.

³²⁴ Es de anotar, que aunque no en forma totalmente *afirmativa*, la Corte Constitucional en las sentencias T-419 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez y T-425 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, se había señalado en los considerandos que la libertad económica, en su esencia de *pro libértate* era como si fuera un derecho fundamental, pp. 8 y 15, respectivamente.

³²⁵ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 30. En igual sentido, véase la C-615 de 2002, p. 15, que se refiere al tema así: “Desde una óptica subjetiva, la libertad económica, que involucra la de empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es su principio básico de operación, es un derecho no fundamental de todas las personas a participar en la vida económica de la nación, que el poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover”.

ser limitados ampliamente por el legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C. P. arts. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental”³²⁶. En el mismo sentido, la Sentencia C-1045 de 2000³²⁷ expresó: “No obstante, aunque la libertad económica, tanto por su relación íntima con el derecho al libre desarrollo de su personalidad como por su necesaria protección por ser elemento fundamental del sistema económico propio del Estado Social de Derecho, ha sido considerada por esta Corporación como un derecho fundamental, también se ha dicho que su reconocimiento se supedita a la realización de valores superiores como la justicia, la igualdad, la solidaridad y en general la realización del bien común (art. 333 C.P.)”.

Pese a lo anterior, no se comparte que el derecho a la libertad económica, en sus dos dimensiones de libertad de empresa y de libre competencia, no sea un derecho fundamental en sí mismo. La razón es simple. Si el derecho a la libertad económica es un derecho especial de libertad, y los derechos de libertad son derechos fundamentales, entonces el derecho a la libertad económica debe ser fundamental. Otra cosa es que efectivamente se encuentre amenazado o vulnerado, o que no haya otro medio de defensa eficaz para su protección diferente a la acción de tutela, por tanto, no se comparte el que sólo sea fundamental por conexidad o extensión³²⁸. No obstante, se reitera que la

³²⁶ En igual sentido se pronunció la Sentencia SU-182 de 1998, Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, pp. 22 y 26. De hecho, en posterior sentencia, se determinó expresamente que no se tutelaba el derecho a la libertad económica, precisamente, por no encontrarse en conexidad con un derecho fundamental. Cfr. T-193 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 16.

³²⁷ M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 17.

³²⁸ Es de anotar que la Corte Constitucional en sentencias T-425 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón, p. 15, y en la C-074 de 1993. M. P. Ciro Angarita Barón, p. 25, parecía reconocer el derecho a la libertad

Corte Constitucional ha determinado que las libertades de carácter económico señaladas en el artículo 333 de la Constitución de 1991 no tienen la misma connotación ni valor de los derechos inherentes a la persona a los cuales la propia Constitución les ha dado la denominación de fundamentales³²⁹.

Finalmente, sobre los elementos de juicio que permiten identificar la naturaleza jurídica del derecho a la libertad económica, Correa Henao determina que son ellos: "... 1. Es un derecho de configuración legal, o 2. Es un principio de la Constitución aunque en diversas categorías; 3. No puede ser siempre considerado como un derecho fundamental y, al contrario, 4. Puede serle descubierta en veces una dimensión iusfundamental por su conexidad no declarada con derechos protegidos con las mayores garantías..."³³⁰. Al respecto es claro que por disposición del artículo 333 constitucional es de configuración legal, la cual delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Es un principio estructural y rector de la economía colombiana. Pero, se reitera por su género esencial de libertad, debe ser un derecho fundamental, por lo menos garantizado vía acción de tutela cuando se vea amenazado o vulnerado por las autoridades públicas o por particulares.

- **Justiciabilidad del derecho a la libertad económica.** Previas las consideraciones arriba realizadas, preguntamos: siendo el derecho a la libertad económica un derecho no fundamental *per se*, ¿es justiciable?

La respuesta a tal interrogante es que como derecho constitucional es justiciable por la jurisdicción ordinaria cuando se vea vulnerado o amenazado por los particulares. Igual, por vía de la jurisdicción contencioso administrativa

económica como un derecho fundamental *per se*. En igual sentido véase la sentencia C-1045 de 2000. M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 17.

³²⁹ Véase sentencia C-265 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 18.

³³⁰ Véase ob. cit., p. 300.

cuando el agente vulnerador sea una entidad pública. En todo caso, por vía de acción de tutela cuando sea vulnerado o amenazado y se encuentre en conexión o extensión con un derecho fundamental. En este caso el derecho a la libertad económica ha transitado y protegido en conexidad con el principio de igualdad, debido proceso, libre desarrollo de la personalidad y el derecho al trabajo. Tales protecciones se pueden apreciar en la ya referida Sentencia SU-182 de 1998 en la cual el derecho a la igualdad sirvió como articulador de la conexión con la libertad económica, y en la Sentencia SU-1193 de 2000³³¹, en la cual se protege la libertad económica en conexidad con el debido proceso administrativo. Así mismo, en la Sentencia T-375 de 1997³³² en donde se protegió en conexidad con el derecho al trabajo o en la Sentencia T-468 de 2003³³³ en la que el derecho a la libertad económica es protegido en conexidad con los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la igualdad de condiciones para participar en la economía de mercado.

Es de anotar como hecho relevante en lo relacionado a la justiciabilidad de la libre competencia económica que el Consejo de Estado en sentencia del año 2009³³⁴ reconoció que la acción popular era procedente, de manera excepcional, para solicitar la suspensión de procesos contractuales cuando quiera que dicha conducta de naturaleza privada podía vulnerar el interés colectivo a la libre competencia económica. Luego, la acción sería procedente, sin perjuicio de que posteriormente se entre a estudiar de fondo la conducta para determinar su adecuación con el derecho colectivo³³⁵.

³³¹ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 16.

³³² M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, pp. 11 y 12.

³³³ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 64.

³³⁴ Véase sentencia del 26 de noviembre de 2009 de la Sección Primera del Consejo de Estado. Radicado 25000232700020040204901. M. P. Rafael Ostau de Lafont, p. 15. En esta sentencia se reitera además que el derecho a la libre competencia y a la libertad económica no son absolutos. En el mismo sentido véase la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, M. P. Camilo Arciniegas Andrade. Radicado 11001-03-24-000-2001-00192-01 del 3 de junio de 2004, p. 32.

³³⁵ Es de anotar que según el artículo 88 de la Constitución de 1991, la ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados, entre otros, con la libre competencia económica. El artículo 88 fue desarrollado por la Ley 472 de 1998.

- **Evolución doctrinal y jurisprudencial del concepto de derecho a la libertad económica e intervención del Estado en la economía³³⁶**

La Corte Constitucional, en Sentencia C-616 de 2001³³⁷, señaló en referencia al artículo 333 de la Constitución que la garantía constitucional a la libertad económica se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas, y que constituye uno de los fundamentos del Estado social de derecho³³⁸. Así mismo, señaló que la libertad económica puede entenderse como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio³³⁹. La sentencia en cita afirma igualmente que se considera que la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia.

El derecho a la libre empresa³⁴⁰ se entiende como la posibilidad que tienen los particulares de destinar sus bienes o capital a la producción u oferta de bienes o

³³⁶ Sin pretender hacer un estudio en extenso del derecho a la libertad económica y a la intervención del Estado en la Economía, se hará un estudio referencial de las principales características de uno y otro tema.

³³⁷ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 32.

³³⁸ Aristizábal Villa, Javier dice que la libertad económica es uno de los pilares fundamentales del derecho económico colombiano. Como tal tiene un doble contenido de clara estirpe constitucional. De una parte, la libertad de empresa, y de otra, la libertad de competencia. *Aproximación al marco jurídico de la libertad económica en Colombia*. Universidad ICESI. Estudios Gerenciales. 77, p. 83. Biblioteca Digital. Tomado de [Icesihhttp://dspace.icesi.edu.co/dspace/handle/item/1194].

³³⁹ De su parte, la Sentencia C-040 de 1993 señaló: “la Constitución de 1991, norma de normas en nuestro sistema jurídico, instituye el Estado social de derecho y hace suyo el valor de la solidaridad. Esta nueva forma de Estado, elevada a principio rector del comportamiento del poder público colombiano, tiene como característica esencial en el plano económico la de legitimarlo para intervenir en las relaciones privadas de producción, a través de una política fundada en el principio de solidaridad y en el papel redistributivo del Estado. Dentro de este contexto y acompañada del principio de la solidaridad, la libertad económica se entiende, no como el dejar hacer dejar pasar, propio del Estado liberal clásico, sino como la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de la persona. El Estado social de derecho no hace caso omiso de la falta de libertad que causa la miseria. Pero el nuevo concepto de libertad no es simplemente formal; reivindica la posibilidad real de desarrollar actividades económicas libremente escogidas y autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias”. M. P. Ciro Angarita Barón, pp. 15 y 16.

³⁴⁰ Según Velásquez Restrepo, “Esta libertad se fundamenta en la propiedad privada; el artículo 333 establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres. La libertad de empresa tiene fundamento en la igualdad de oportunidades de la que habla el artículo 13 y el derecho al trabajo (art. 25 C. P). La expresión de esta libertad es la autorización a los particulares para establecer industrias, interviniendo en cualquier campo del sistema económico, siempre y cuando tenga su actividad objeto

servicios con ánimo de lucro o ganancia. La empresa³⁴¹ como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones.

El derecho a la libre competencia se entiende como la garantía de ofrecer bienes o servicios en un marco jurídico de igualdad y sin obstáculos adicionales a los propios de su actividad³⁴². Al respecto la ya citada Sentencia C-068 de 2009, retomando las consideraciones de la C-535 de 1997³⁴³, señala: “Según el artículo 333 de la Constitución *La libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades*. Resulta pertinente reiterar el estricto celo con que esta Corte considera que ha de proteger la efectividad, la garantía de la libre competencia económica que supone la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita. Así, en la Sentencia C-535 de 1997, se precisó: “La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La

lícito”. Botero Angulo, Jorge Humberto y otros. *Grandes Temas del Derecho Constitucional Colombiano*. Capítulo El intervencionismo de Estado en la iniciativa privada. Carlos Alberto Velásquez Restrepo. 1.ª ed., Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, p. 134. En palabras de Correa Henao: “... la autonomía privada realza pues el significado libertario e individual de la libertad económica o de empresa, esto es, el carácter particular de su realidad jurídica en lo que es libre o en lo que queda después de su entendimiento como derecho constitucional fundamental de carácter económico y de libre configuración legislativa cuyo ejercicio (y concepción) está sometido al bien común y a la economía en general”. Ob. cit., p. 480.

³⁴¹ En palabras de Jaime Horta Díaz, el concepto económico de la empresa “... es el que tiene consagración constitucional y en consecuencia la empresa es toda unidad de producción económica dedicada a la producción y coordinación del proceso productivo con fines de lucro. La función empresarial, en consecuencia, consiste en determinar el uso de los factores de producción”. Horta Díaz, Jaime. *Derecho Económico y Globalización. Derecho Comparado*. Librería Ediciones el Profesional, 1.ª ed., p. 115.

³⁴² Y esta garantía, expresa Correa Henao, representa para el poder público, especialmente para el legislador, la obligación de proteger unas ciertas condiciones de mercado que favorecen la igualdad de oportunidades para acceder al mercado y la igualdad de oportunidades para la concurrencia económica. Cfr. ob. cit., p. 596.

³⁴³ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 21.

Constitución asume que la libre competencia económica promueve, de la mejor manera, los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados. La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado redundará en enormes beneficios para el consumidor, que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores. El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración”.

Sobre la libertad económica la Sentencia T-555 de 2003³⁴⁴ señaló que la libertad económica debe ser entendida como un derecho positivo y negativo. La faceta positiva consiste en que cualquier persona puede, dentro de los límites de la ley y el bien común, desarrollar cualquier actividad económica ya sea comercial, financiera o aseguradora; crear empresas y competir con total libertad en el mercado. La faceta negativa se identifica con la facultad que tiene el particular de abstenerse de emprender esta clase de actividades lucrativas o

³⁴⁴ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 13 y 14.

de llevarlas a cabo sólo en un determinado momento, con un mayor o menor grado de intensidad, de conformidad con sus intereses personales.

En Sentencia C-1041 de 2007 la Corte Constitucional realizó un interesante resumen de la posición jurisprudencial sobre las libertades económicas y señaló que tales libertades: “(i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social³⁴⁵; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia³⁴⁶; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada³⁴⁷; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios³⁴⁸; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones³⁴⁹; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales³⁵⁰; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas³⁵¹”.

Con relación expresa a los derechos de libertad económica en el marco de los servicios públicos de salud en Colombia, varias son las sentencias que se han referido al tema. Todas ellas en el sentido de que los derechos a la libertad de empresa y a la libertad económica de las empresas particulares prestadoras

³⁴⁵ Cita propia de la sentencia referida: Entre muchas otras, sentencias C-524 de 1995; C-815 de 2001; C-870 de 2003 y C-992 de 2006.

³⁴⁶ Cita propia de la sentencia referida: C- 616 de 2001.

³⁴⁷ Cita propia de la sentencia referida: C- 815 de 2001.

³⁴⁸ Cita propia de la sentencia referida: C- 616 de 2001.

³⁴⁹ Cita propia de la sentencia referida: C-870 de 2003.

³⁵⁰ Cita propia de la sentencia referida: T-021 de 2005.

³⁵¹ Cita propia de la sentencia referida: C-392 de 2007.

del servicio público de salud no son absolutos y, por el contrario, encuentran claras limitaciones en la protección del interés general y la eficacia del derecho fundamental a la salud³⁵².

Reseña de otros países. Antes de terminar este apartado se debe referenciar que los tres países señalados en la primera parte de este trabajo han constitucionalizado el derecho a la libertad económica. España reconoce la libertad de empresa en el artículo 38 de la Constitución de 1978³⁵³ en el marco de la economía de mercado. Artículo que se encuentra ubicado en la sección segunda “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, del capítulo II, “Derechos y libertades” del título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, pero que pese a su ubicación en la Constitución española, expresa Correa Henao, no ha significado que su entidad jurídica, su peso como derecho, sea mayor al que posee la libertad económica en la Constitución colombiana, cuya declaración reposa como disposición general del orden económico³⁵⁴. Ello implica que si bien la libertad de empresa ha sido reconocida como un derecho en España, no lo ha sido como un derecho fundamental en tal país. Al igual, que tampoco lo ha sido *per se* en Colombia. No obstante que en ambos países el derecho a la libertad económica, entiéndase de empresa en España, se encuentra protegido por las autoridades públicas, no es absoluto y se encuentra enmarcado o limitado en el interés económico general en España³⁵⁵

³⁵² Véase la Sentencia C-1158 de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 25. En el mismo sentido se pueden confrontar las sentencias C-791 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 18, y la C-974 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, pp. 18 y ss.

³⁵³ Modificada por la Reforma de 1992. El artículo 30 de la Constitución española determina: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

³⁵⁴ Cfr. ob. cit., pp. 72-73.

³⁵⁵ Según Font Galán, la Constitución de España compromete a los poderes públicos a organizar la economía de mercado de modo acorde con el Estado social o, si se quiere (desde una óptica de compromiso social), a realizar (históricamente) el Estado social en el marco de la economía de mercado. Véase Juan Ignacio, Font Galán. *Constitución económica y derecho de la competencia*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 137 a 145. Citado por Bernal Pulido, Carlos, en el capítulo sexto: “El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano” en el libro *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad

y por los límites del bien común en Colombia. En cuanto al sector sanitario, la libertad económica se encuentra consagrada expresamente en el artículo 89 de la Ley 14 de 1986 o Ley General de Sanidad, libertad que se reconoce precisamente con base en el artículo 38 de la Constitución española.

En el caso de Chile se reconoce la libertad económica en la Constitución de 1980³⁵⁶ en el capítulo III, “De los derechos y deberes constitucionales” en el ordinal 21 del artículo 19³⁵⁷. Por mandato expreso del artículo 20 de la Constitución chilena la libertad económica y la no discriminación del Estado en materia económica pueden ser protegidas por medio del Recurso de Amparo³⁵⁸. Por tanto, protegida como un derecho fundamental. Como derecho protegido e igual que en España y Colombia, la libertad económica en Chile tampoco es absoluta, y se ve limitada por razones de orden público, moral o de seguridad nacional. En relación con la salud y con base en los numerales 9, 21 y 22³⁵⁹ del artículo constitucional 19, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, se permite la concurrencia de los particulares en la ejecución

Externado de Colombia, Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho, n°. 7. 2009, pie de página 32, p. 180.

³⁵⁶ Reformada en 2005.

³⁵⁷ Tal ordinal consagra: “21.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.”

³⁵⁸ El artículo 20 de la Constitución Chilena consagra: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o legales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1 [...] 19, 21, 22, 23, 24, y 25 podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

³⁵⁹ Artículo 19 de la Constitución chilena, numeral 9: “... Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”. Ordinal 21: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen...”. Ordinal 22: “La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica...”.

de las acciones de salud. Precisamente la Ley de Isapres es muestra de tal reconocimiento³⁶⁰.

En México la libertad económica se encuentra enmarcada en las disposiciones del artículo 5º, principalmente en el inciso final del artículo 25 y en el 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁶¹. Derecho que se encuentra orientado, según el artículo 25 de la Constitución mexicana, a contribuir al desarrollo económico nacional y que, en tal sentido, será alentado y protegido por el Estado. Precisamente, por encontrarse en el Capítulo I, “De las garantías individuales”, la libertad económica es un derecho fundamental “en sentido estricto”. Por tanto, objeto de protección por medio de amparo judicial o constitucional. En el actual modelo segmentado de salud mexicano los particulares pueden ofrecer servicios de salud, previa autorización sanitaria de la Secretaría de Salud o de la autoridad competente³⁶².

³⁶⁰ Véase la Ley 18.933. Concuérdese con la Ley Fonasa o Ley 18.469 y con la Ley Autoridad Sanitaria o Ley 19.937.

³⁶¹ Artículo 5º de la Constitución mexicana: “A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.” Artículo 25. “... La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución”. Artículo 26. “... Asimismo determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución”.

³⁶² Véanse los artículos 368 y siguientes de la Ley General de Salud. Última reforma publicada DOF 19-06-2007. Según Laurell, la reforma en salud mexicana responde a la premisa propuesta por el Banco Mundial: “... el mercado es un mejor asignador de recursos que el Estado y, por tanto, es preciso reducir la responsabilidad del Estado a garantizar los bienes públicos de salud que los agentes privados no quieren producir y a prestar un paquete mínimo y costo-efectivo de servicios de salud a los que no puedan adquirirlos en el mercado”. Cfr. Laurell, Asa Cristina, “el modelo privatizador en los sistemas de salud: el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social” en *Diez Años de reformas a la seguridad social en México, balance, perspectivas y propuestas*, Rosario Ortiz Magallón, México: 2008, p. 75.

3. SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Como premisa de este capítulo se afirmará que el SGSSS no es equivalente al derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es un derecho. El sistema es una de las formas de organizar la administración y la prestación de los servicios de atención en salud. En teoría, una vía de hacer eficaz y efectivo el derecho fundamental a la salud y de asegurar su goce real. Téngase en cuenta que el derecho a la salud es universal, cubija todos los colombianos y habitantes en el territorio nacional, en cambio el sistema no es universal³⁶³. El sistema no cubija las poblaciones expresamente excepcionadas por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Igual, tal sistema se encuentra supeditado al cubrimiento específico de las contingencias derivadas de enfermedad general y maternidad³⁶⁴. Por tanto, en principio excluye el concepto integral y amplio de salud y del derecho fundamental a la salud y la concepción integral y sistémica de los derechos. Entonces, hablar del sistema no implica la generalidad del derecho fundamental a la salud, por ello se tendrá siempre presente que el sistema debe leerse a la luz del concepto amplio e integral de tal derecho y bajo la concepción integral y sistémica de los derechos.

Teniendo como norte lo antes dicho, en el presente capítulo se hará una breve descripción del SGSSS con el fin de señalar cómo desde las mismas normas que lo rigen y desde su propia estructura funcional se encuentra inserta la tensión natural entre el derecho fundamental a la salud y el derecho de libertad de económica toda vez que se permite la concurrencia de particulares en la administración y prestación del servicio esencial de salud. Por tanto, el presente

³⁶³ Pese a lo consagrado en el artículo 2° de la Ley 100 de 1993, en cuanto al principio de Universalidad, y al objetivo del SGSSS, determinado en el artículo 152 de dicha ley, esto es: “Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”, debe entenderse tal universalidad en el marco del propio sistema.

³⁶⁴ Véase el artículo 2° del Decreto 806 de 1998, y lo pertinente del artículo 4° del Decreto 1650 de 1977.

capítulo dará respuesta a las preguntas: ¿Cómo se encuentra estructurado el actual SGSSS colombiano? y ¿cómo se presenta en el SGSSS la tensión entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica?

Con respecto al SGSSS se toma para efectos de este trabajo la concepción que determinó la propia Ley 100 de 1993 de tal sistema³⁶⁵ y de su régimen contributivo³⁶⁶. Por ende, así mismo, se parte del POS contemplado en la precitada ley, y en los decretos, resoluciones y acuerdos que lo reglamentan y lo complementan.

3.1 REGÍMENES Y COMPONENTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

De acuerdo con las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007³⁶⁷, el SGSSS se encuentra conformado por dos regímenes: el régimen contributivo y el régimen subsidiado. El régimen contributivo va dirigido a la población con capacidad de pago³⁶⁸, mientras el régimen subsidiado, a la población pobre y vulnerable³⁶⁹. Además de los afiliados contributivos o subsidiados existen aún los participantes vinculados que son las personas que no tienen capacidad de pago

³⁶⁵ El artículo 152 de la Ley 100 de 1993 define: “Objeto. La presente Ley establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, desarrolla los fundamentos que lo rigen, determina su dirección, organización y funcionamiento, sus normas administrativas, financieras y de control y las obligaciones que se derivan de su aplicación. Los objetivos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”.

³⁶⁶ Según el artículo 202 de la Ley 100 de 1993, el régimen contributivo “...es un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador”.

³⁶⁷ Y en forma principal con los decretos 1485 de 1994, 2357 de 1995, 1283 de 1996, 806 de 1998, 1406 de 1999, 1804 de 1999, 047 y 783 de 2000, 1703 de 2002, 050 de 2003, 1636 de 2006, 1737 de 2006, 1020 de 2007.

³⁶⁸ Véase artículos 157 y 202 de la Ley 100 de 1993, el artículo 26 Decreto 806 de 1998, el artículo 23 Decreto 1703 de 2002, el artículo 5° Decreto 2400 de 2002 y el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007.

³⁶⁹ Véase los artículos 157, 211, 212 y 213 de la Ley 100 de 1993, el artículo 25, 29 y 30 del Decreto 806 de 1998, y el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

y aún no han sido afiliados al régimen subsidiado –denominados actualmente como población pobre y vulnerable no afiliada o por afiliar–³⁷⁰.

El SGSSS cuenta con un fondo denominado de Solidaridad y Garantía, Fosyga³⁷¹, el cual se encuentra estructurado por cuatro subcuentas independientes³⁷²: de compensación interna del régimen contributivo; de solidaridad del régimen de subsidios en salud; de promoción de la salud, y la de seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

El SGSSS tiene cinco tipos de planes³⁷³: (i) El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo es un conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto, es garantizado por las EPS y Entidades Adaptadas de Salud (en adelante EAS), autorizadas por la Supersalud para administrar los recursos del régimen contributivo. (ii) El Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado³⁷⁴ es un conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen subsidiado y su obligación de cumplimiento es con las EPS, las Empresas Solidarias de Salud (en adelante ESS) y las Cajas de

³⁷⁰ Véanse el artículo 157 Ley 100 de 1993, el artículo 32 Decreto 806 de 1998, el artículo 20 Ley 1122 de 2007. Véase también el Decreto 1141 de 2009.

³⁷¹ Véanse los artículos 218 a 224 de la Ley 100 de 1993. Según el artículo 1º del decreto 1283 de 1996, el Fondo es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia. Véase al respecto la sentencia C-130 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería. El Decreto 806 de 1998, la Ley 1122 de 2007 y la Sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷² Véanse los artículos 219 de la Ley 100 de 1993, 2º del Decreto 1283 de 1996. Administrado actualmente por el Consorcio Fidufosyga, según Resolución 4106 de 2005 del Ministerio de la Protección Social. Consorcio integrado por Fiducolombia S. A.; Fiduprevisora S. A.; Fiduagraria S. A.; Fiducaf  S. A.; Fidubogotá S. A.; Fiduoccidente S. A.; Fiduciaria Popular S. A.; Fiducomercio S. A. y Fiducoldex S. A.; según datos tomados de la página web: [<http://www.fosyga.gov.co/AcercaDelFOSYGA/Qui%e3%a9nloadministra/tabid/104/Default.aspx>].

³⁷³ Véanse los artículos 162 y siguientes de la Ley 100 de 1993, los artículos 3º y siguientes del Decreto 806 de 1998.

³⁷⁴ Plan que aún difiere para los afiliados y beneficiarios mayores de edad con relación a los contenidos del POSC, pese a las perentorias ordenes de unificación impartida por la sentencia T-760 de 2008. Véase el plazo de unificación dado por la Ley 1393 de 2010.

Compensación Familiar debidamente autorizadas por la Supersalud para administrar los recursos del Régimen Subsidiado. (iii) Atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos. El SGSSS garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud derivada de accidentes de tránsito con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al Fosyga, según sea el caso. De igual manera, el SGSSS garantiza el pago a las IPS por la atención en salud a las personas víctimas de catástrofes naturales, actos terroristas y otros eventos aprobados por el entonces CNSSS³⁷⁵, así como el pago de las indemnizaciones, de acuerdo con la reglamentación. (iv) Atención inicial de urgencias. El SGSSS garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención inicial de urgencias³⁷⁶. (v) El Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas, que reemplazo al PAB y como parte del Plan Nacional de Salud Pública³⁷⁷, consiste en un conjunto de actividades, intervenciones y procedimientos, de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, vigilancia en salud pública y control de factores de riesgo dirigidos a la colectividad. Las prestaciones derivadas de este plan son gratuitas y

³⁷⁵ El CNSSS aprobó, mediante el Acuerdo 59 de 1997, como evento catastrófico el desplazamiento masivo de población por causa de la violencia, más recientemente. Véase también el Acuerdo 243 de 2003.

³⁷⁶ Véase el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, el numeral 2 del artículo 3º del Decreto 412 de 1992 y el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994. Así como el párrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, el artículo 9º de la Ley 1146 de 2007 y los artículos 24 al 26 y 64 del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES. Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y la Resolución 1220 de 2010 del MPS, por la cual se establecen las condiciones y requisitos para la organización, operación y funcionamiento de los Centros de Regulación de Urgencias, Emergencias y Desastres, CRUE.

³⁷⁷ La Ley 1122 de 2007 consagró en forma expresa un capítulo para la salud pública. Según el artículo 32 de la citada ley, la salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar, de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país. Dichas acciones se realizarán bajo la rectoría del Estado y deberán promover la participación responsable de todos los sectores de la comunidad. Véase el literal h) del artículo 33 de la citada Ley. Véase además el Decreto 3039 de 2007, por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010 y el artículo 165 de la Ley 100 de 1993.

obligatorias. Su financiación está garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales³⁷⁸.

Finalmente, la normativa permite la existencia de los Planes Adicionales de Salud (PAS)³⁷⁹ que es un conjunto de beneficios opcional y voluntario, financiados con recursos diferentes a los de la cotización obligatoria. El acceso a estos planes será de la exclusiva responsabilidad de los particulares, como un servicio privado de interés público, cuya prestación no corresponde al Estado, sin perjuicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias. Dentro del SGSSS pueden prestarse los siguientes PAS: planes de atención complementaria en salud, planes de medicina prepagada, y pólizas de salud.

El POS es el eje del SGSSS, creado por el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 y constituye un conjunto de servicios que las EPS deben garantizar a sus afiliados³⁸⁰. El Plan debe permitir la protección integral de las familias a la maternidad y a la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad definidos³⁸¹. Igualmente hay unas exclusiones y limitaciones del POS y unos

³⁷⁸ Véanse las determinaciones del capítulo VI de la Ley 1122 de 2007 acerca del tema de la salud pública y las normas consagradas en el Decreto 3039 de 2007 por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud 2007-2010.

³⁷⁹ Véase el artículo 169 Ley 100 de 1993 y los artículos 18 y 19 Decreto 806 de 1998.

³⁸⁰ El POS es el conjunto de servicios para atención en salud a los que el afiliado tiene derecho en el Régimen Contributivo del SGSSS. Véase página Web pos.gov.co del MPS. La Supersalud es la entidad encargada de verificar la prestación del POS por cada EPS en el territorio nacional, con lo dispuesto por la CRES y el Gobierno Nacional. Véase el capítulo VII de la Ley 1122 de 2007.

³⁸¹ Véase, entre otros, el artículo 162 Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, los artículos 7º y siguientes del Decreto 806 de 1998, las Resoluciones 5261 de 1994, 2816 de 1998, 7693 de 2008, y los acuerdos 008 de 1994, 228 de 2002, 236 de 2002, 259 de 2004, 260 de 2004, 263 de 2004, 282 de 2004, 289 de 2005, 302 de 2005, 313 de 2005, 336 de 2006, 350 de 2006, 365 de 2007, 368 de 2007, 380 de 2007, Circular Externa 094 de 2004 y los Acuerdos 003 y 008 de 2009, corregido por el Acuerdo 014 de 2010, este último sustituyó en forma integral a su precedente el Acuerdo 003 de 2009, y el Acuerdo 011 de 2010 de la CRES, por el cual se da cumplimiento al Auto 342 de 2009 de la Corte Constitucional en cuanto se determina que el Plan Obligatorio del Régimen Subsidiado cubre a niños entre cero años y menores de dieciocho años de edad. El Acuerdo 011 de 2010 rectifica la edad de los niños y niñas determinada en el

casos de suspensión del servicio, de desafiliación del POS. El plan también tiene cobertura de servicios del POS que es progresiva y se encuentra determinada por los periodos de cotización³⁸².

Para los afiliados cotizantes, según las normas del régimen contributivo, el contenido del POS sería el que en su momento estructuraría el CNSSS³⁸³; en comienzo, el contemplado por el Decreto-Ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el POS sería similar al anterior, pero en su financiación concurrirían los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención³⁸⁴. Respecto de la prestación de los servicios del POS, todas las EPS establecerán un sistema de referencia y contrarreferencia³⁸⁵ para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realice por el primer nivel de atención, excepto en los servicios de urgencias.

Acuerdo 004 de 2009, por el cual se da cumplimiento a la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional.

³⁸² Desde la afiliación –tratamiento inicial y estabilización en urgencias, tratamiento integral del embarazo, atención del parto, atención al recién nacido–. Después de 4 semanas de cotización –atención integral a la población en educación, información, y fomento de la salud y prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, entre otros–.

³⁸³ De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1122 de 2007, tal competencia se encuentra radicada actualmente en la CRES creada por el artículo 3° de dicha ley.

³⁸⁴ Véase el artículo 162 de la Ley 100 de 1993. Efectivamente así fue reglamentado, entre muchas normas, por el Acuerdo 008 de 1994 de la CNSSS, por la Resolución 5261 de 1994 del entonces Ministerio de la Salud, hoy MPS y actualmente por los Acuerdos 008 y 011 de 2009 de la CRES por los cuales se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y se da cumplimiento a la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional, respectivamente. Según los Acuerdos 004 de 2009 y 011 de 2010 de la CRES, los contenidos del POS Subsidiado a que tiene derecho la población comprendida entre los cero (0) y los menores de dieciocho (18) años de edad, afiliada tanto en el esquema de subsidios plenos como en el de parciales será la prevista por las normas vigentes para el Régimen Contributivo. En tal sentido la unificación de los dos planes de servicios se hizo por lo alto, es decir, igualando el contenido del POSS con el más amplio que ofrece el POSC.

³⁸⁵ “El sistema de referencia y contrarreferencia es el conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnico administrativas que permiten prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios, en coordinación con la red de prestación de servicios definida. Disponible en la Página Web de Asmet Salud E.S.S.

El POS tiene cobertura familiar. Para estos efectos serán beneficiarios del Sistema el cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado³⁸⁶; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva³⁸⁷ y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste. Todo niño que nazca después de la vigencia de Ley 100 de 1993³⁸⁸ queda automáticamente como beneficiario de la EPS a la cual esté afiliada la madre de éste. En el SGSSS, las EPS no pueden aplicar preexistencias³⁸⁹ a sus afiliados o beneficiarios, tampoco se pueden establecer períodos de espera³⁹⁰ para la atención del parto y para los menores de un año.

El POS para las mujeres en estado de embarazo cubre los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. El POS para los menores de un año cubre la educación, información y fomento de la salud, el

³⁸⁶ La Sentencia C-811 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra determinó que el régimen de protección familiar se aplica también a las parejas del mismo sexo; p. 38. Anteriormente la Sentencia C-521 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, había declarado inexecutable el requisito de convivencia con el compañero o compañera permanente por mínimo más de dos años de unión marital de hecho, p. 28.

³⁸⁷ En la Sentencia C-1065 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se había determinado que debe entenderse que la dedicación exclusiva se refiere al tipo de programa que esté cursando, p. 31.

³⁸⁸ Artículo 163 de la Ley 100 de 1993.

³⁸⁹ Entendidas como las enfermedades, malformaciones o afecciones que el afiliado o beneficiario tiene al momento de su ingreso al SGSSS.

³⁹⁰ El artículo 164 de la Ley 100 de 1993 estipulaba: “El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica.” Según el literal h) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007: “No habrá períodos mínimos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas en el Régimen Contributivo. A los afiliados se les contabilizará el tiempo de afiliación en el Régimen Subsidiado o en cualquier EPS del Régimen Contributivo, para efectos de los cálculos de los períodos de carencia”.

fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, así como los medicamentos esenciales y la rehabilitación cuando hubiere lugar³⁹¹. Las EPS pueden ofrecer planes complementarios al POS³⁹², que son financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a los de las cotizaciones obligatorias.

El POSC ha sido reglamentado por varios decretos, múltiples resoluciones del MPS y acuerdos del CNSSS y de la CRES, entre otros³⁹³. De tales reglamentaciones se destacan los siguientes contenidos del POSC³⁹⁴: acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad relacionadas, entre otros, con la salud de la mujer, salud para la infancia, control de crecimiento y desarrollo, planificación familiar y vacunación definida en el Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI); atención integral a las mujeres en embarazo, parto, nacimiento y lactancia al bebé; consulta de medicina general y especializada, incluye optometría y psicología; diagnóstico, laboratorio clínico, radiología, ecografías, medicina nuclear, resonancia electromagnética y escanografía;

³⁹¹ Confróntese el artículo 166 de la Ley 100 de 1993 relativo a la Atención Materno Infantil.

³⁹² Véase el artículo 169 de la Ley 100 de 1993.

³⁹³ Se destacan los decretos 806 de 1998, 783 de 2000; la Resolución 5261 de 1994; las resoluciones 2816 de 1998, 412 y 3384 de 2000, 2933, 3442 y 4905 de 2006, 7693 de 2008; los acuerdos 008 de 1994, 83 de 1997, 226, 228 y 236 de 2002, 259, 263 y 282 de 2004, 289, 302 y 313 de 2005, 336 y 350 de 2006, 368 y 380 de 2007; Circular Externa 010 de 2006, entre otras muchas normas que los adicionan, complementan o modifican. Actualmente aclarado y actualizado integralmente por los Acuerdos 003 y 008 de 2009 de la CRES. Según dichos Acuerdos, la aclaración y actualización del POS en el corto plazo utiliza la información proveniente de los Estudios de Suficiencia Plan – Unidad de Pago por Capitación y de los actuales mecanismos de Ajuste de Riesgo determinantes del gasto de la UPC realizados por el MPS por medio de la Dirección General de la Demanda en Salud. Los criterios generales para aclaraciones, modificaciones y actualizaciones del POS se fundamentan en los principios de: principio y enfoque de integralidad del POS, principio de pertinencia epidemiológica y costo efectividad para el país, principio de calidad, principio de corresponsabilidad, principio de complementariedad y el principio de eficiencia y de sostenibilidad financiera. Véase el artículo 5° del citado Acuerdo. El Acuerdo 008 de 2009 fue corregido por el Acuerdo 014 de 2010. Véase también el Acuerdo 11 de 2010, por medio del cual se da cumplimiento al Auto 432 de 2009 de la Corte Constitucional y las Circulares externas 01 y 02 de 2010 que lo aclaran.

³⁹⁴ Véase página Web: pos.gov.co del MPS y la página Web: cres.gov.co de la Comisión de Regulación en Salud.

medicamentos incluidos en el listado del Sistema³⁹⁵; apoyo terapéutico, terapia física, respiratoria, ocupacional y del lenguaje; hospitalización, tratamientos quirúrgicos, en servicios de baja, mediana y alta complejidad; odontología, con excepción de ortodoncia, periodoncia y prótesis. Además de prestaciones económicas (subsidio en dinero) durante el tiempo de la incapacidad o licencia remunerada para el afiliado o afiliada cotizante.

El POSC contiene un finito número de medicamentos, actividades, procedimientos y servicios de salud. También establece exclusiones y limitaciones al POS³⁹⁶. Con base en el artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES, en términos generales, estarán excluidos del POSC todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones, medicamentos y elementos médico-quirúrgicos que su objetivo no sea contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; igualmente aquellos considerados como cosméticos, estéticos y los que expresamente determine la Comisión, en concordancia con lo expuesto en los artículos anteriores del citado Acuerdo y cumpliendo con los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la Ley 100 de 1993. Asimismo, se excluyen en general los tratamientos de las complicaciones que surjan de las actividades, procedimientos e intervenciones y medicamentos no cubiertos o excluidos del POS³⁹⁷. Con relación al POSS, las exclusiones y limitaciones de tal plan serán las señaladas por los artículos 68 y siguientes del Acuerdo citado. Los medicamentos no contemplados y los servicios de salud que no están en dicho plan se conocen normalmente como medicamentos, procedimientos, actividades o servicios *NO POS* o, más técnicamente, no incluidos en el POS.

³⁹⁵ Denominados como medicamentos esenciales y genéricos.

³⁹⁶ El artículo 10 del Acuerdo 008 de 2009 determina los principios de que deben regir para las exclusiones a partir de su vigencia.

³⁹⁷ El artículo 54 del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES señala en particular 33 ítems de exclusiones del POSC. Así mismo los artículos 56 y 57 de tal norma señalan las limitaciones a la internación hospitalaria y a la internación especial, respectivamente.

3.2 MODELO ECONÓMICO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En este punto se hará un breve análisis del modelo económico colombiano, partiendo de la postura acogida en el acápite anterior, en cuanto parece existir efectivamente un modelo económico en Colombia derivado de las disposiciones constitucionales vigentes. Así, se parte de la existencia de un claro modelo económico del SSSI y en especial del SGSSS, derivado así mismo de la norma constitucional y de las leyes vigentes al respecto, en especial de la Ley 100 de 1993³⁹⁸ y de la Ley 1122 de 2007³⁹⁹. Con respecto al modelo económico del SGSSS, el análisis se hará principalmente con base en las sentencias de la Corte Constitucional referidas al tema⁴⁰⁰.

De acuerdo con los planteamientos de la Corte Constitucional, nuestra economía, sujeta a las disposiciones de la Constitución Política actual, se regula bajo las premisas de la economía social de mercado⁴⁰¹. En igual sentido, se había citado a Galán Sánchez⁴⁰² al afirmar que el Estado social de derecho y los derechos prestacionales son la expresión clara del modelo ESM. Según el autor citado, la concepción humanista en la actual Constitución Política es llevada al plano de la economía, en la búsqueda de un orden público económico

³⁹⁸ Del 23 de diciembre de 1993, por la cual se crea el SSSI.

³⁹⁹ Del 9 de enero de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el SGSSS y se dictan otras disposiciones.

⁴⁰⁰ Así mismo, se resalta que por no ser el objeto fundamental del presente trabajo no se entrará a discutir la conveniencia o no o la efectividad o no de los modelos presentados, lo cual, obviamente, podría ser objeto de estudio de otro trabajo.

⁴⁰¹ Véase Sentencia C-865 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 53, cuando señala que la conjunción de los intereses privados a través de la adopción de un modelo de libertad económica, fundado en la libre iniciativa, libertad de empresa, libertad de establecimiento y libre competencia económica (C. P. art. 333), junto al reconocimiento de la potestad de intervención del Estado en la economía, con el propósito de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para el desarrollo normal de una vida digna, ha permitido a esta Corporación entender que nuestra economía, con sujeción a las disposiciones de la Carta Fundamental, se regula bajo las premisas de la denominada “economía social de mercado”.

⁴⁰² Ob. cit., p. 113.

justo, por lo que los valores, principios y derechos de contenido económico determinarán la actividad de las autoridades públicas y particulares.

En el contexto económico precitado, y como punto de partida al breve análisis del modelo económico del SSSI colombiano, en especial en lo referente al modelo económico del SGSSS, se afirmará que la salud tiene una estrecha relación con la economía, y la economía con el derecho fundamental a la salud y con los servicios de salud⁴⁰³. Por tanto, la perspectiva de la salud como un sector económico, se analiza desde la microeconomía. En el primer caso la salud ofrece una relación de doble dirección con el desarrollo social y económico. En el segundo caso se aborda la salud como un bien producido por la sociedad mediante la producción, el intercambio y el consumo de otros bienes y servicios, posición que es reforzada por Gimeno Ullastres⁴⁰⁴.

Partiendo de tal premisa, y con relación al modelo económico del SGSSS⁴⁰⁵, se afirmará que tal sistema responde a la lógica y parámetros de la teoría de la

⁴⁰³ Precisamente, Restrepo y Atehortúa señalan que la salud se ha convertido en uno de los sectores sociales con mayor interés económico y político en todo el mundo, debido especialmente a su incidencia en el bienestar y el crecimiento económico, así como por las necesidades en materia de recursos que requiere para su funcionamiento. Los autores establecen dos propiedades en la interacción economía y salud: simultaneidad y dualidad. En la primera, expresan los autores, el desarrollo económico y el avance en salud se refuerzan mutuamente. En la segunda, la salud, como un componente de bienestar, es analizada desde la visión macroeconómica. Véase Restrepo, Jairo Humberto y Sara Catalina Atehortúa. *Introducción a la Economía de la Salud. Contexto internacional y aplicación para Colombia*. Ponencia presentada en: 1er. Congreso Colombiano de Economía de la Salud. Bogotá, noviembre 9 y 10 de 2006. Universidad de Antioquia. Grupo de Economía de la Salud (GES). Centro de Investigaciones Económicas, pp. 10 y siguientes.

⁴⁰⁴ Véase Gimeno Ullastres, Juan A. “La eficiencia y los fallos del mercado: el intervencionismo público”. Capítulo 4 del *Libro Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica. Economía de la Salud: Fundamentos*. Gimeno Ullastres y otros. Editores Juan A. Gimeno, Santiago Rubio y Pedro Tamayo, Ediciones Díazdesantos, 2005, p. 1.

⁴⁰⁵ En relación con los modelos económicos generalmente reconocidos en salud, se pueden referir los siguientes: i) **Modelo Bismarck** (Financiación mediante cuotas obligatorias pagadas por las empresas y los trabajadores a unos fondos públicos, gestionados por representantes de los asegurados), ii) **Modelo Beveridge** (financiación pública a través de impuestos y mediante presupuestos estatales), iii) **Modelo Semashko** (carga a los presupuestos del Estado), iv) **Modelo Público Unificado** (El Estado financia y suministra servicios de salud directamente a través de un sistema único integrado verticalmente), v) **Modelo Privado** (La financiación se lleva a cabo, ya sea por medio de desembolsos del bolsillo de los consumidores o mediante múltiples agencias de seguros privados, los cuales les reembolsan a los distintos proveedores de servicios), vi) **Modelo de Contrato Público** (El financiamiento público se combina con

competencia regulada. Tal teoría, con las modificaciones del modelo de pluralismo estructurado, fue acogida precisamente en la reforma realizada por la Ley 100 de 1993 al crear el SGSSS. Con base en el modelo de pluralismo estructurado se detallaron y explicitaron cuatro funciones, a saber: modulación, articulación –como elemento innovador–, financiamiento y prestación de servicios. Este modelo que responde a la organización de funciones y no de segmentos poblacionales y a una matriz horizontal.

Las características básicas de la formulación de la teoría de la competencia regulada son como se describen⁴⁰⁶: se reconocen las fallas de los mercados de los servicios de salud y la falta de competitividad en el sistema prevaleciente. Se basa en principios microeconómicos y usa evidencia empírica para demostrar que la competencia, adecuadamente estructurada, puede producir una mejoría sustancial en la eficiencia sin sacrificar la equidad. La competencia y las fuerzas del mercado en la financiación y provisión de servicios de salud pueden producir efectos diferentes dependiendo del marco legislativo e institucional en el cual operen, reconociendo que dentro de ciertos marcos habría riesgo de inequidad e ineficiencia. La equidad es entendida como el acceso de todos los miembros de la sociedad a un conjunto mínimo, bien definido, de servicios, que incluye todas las intervenciones con costo razonable y que, de manera efectiva, puedan prevenir y curar la enfermedad, aliviar el sufrimiento y corregir las disfunciones. Por costo razonable se entiende que los beneficios marginales sean iguales al costo marginal para personas con ingreso

una creciente participación privada en la provisión de los servicios de salud, mediante la contratación de servicios), vii) **Modelo Segmentado** (Población con capacidad de pago y población pobre), viii) **Modelo Pluralismo Estructurado** (Este modelo representa un punto medio entre los dos polos en los que han funcionado los sistemas de salud, lo que evita los extremos del monopolio en el sector público y la atomización del sector privado, obviando los procedimientos autoritarios del gobierno y la ausencia anárquica de reglas para evitar las fallas del mercado. El sistema ya no estaría organizado por grupos sociales sino por funciones). Véase Presentación. Marco Conceptual del Proceso de Articulación del Sistema Nacional de Salud. CO. ME. NE. NAL. 2007. Se podría agregar la actual teoría del manejo social del riesgo enmarcada en los referentes de los sistemas de protección social.

⁴⁰⁶ Confróntese *La Reforma a la Seguridad Social en Salud de Colombia y la Teoría de la Competencia Regulada*. Mauricio Restrepo Trujillo. Santafé de Bogotá. 1996, pp. 21-24.

promedio; por asignación eficiente de los recursos para la salud se entiende aquella que minimiza el costo social de la enfermedad, incluido su tratamiento. Así, se establece una dependencia directa entre la eficiencia y la equidad, que no es posible cubrir a todos si el sistema no se hace más eficiente. El término competencia se entiende como el proceso que se da en el marco de un sistema de seguro de salud universal, cuidadosamente diseñado y manejado, que tiene como bases fundamentales la libre elección de un consumidor consciente del costo, y una competencia por precio entre opciones alternativas de financiación y provisión de los servicios. La competencia y las fuerzas del mercado son usadas para dirigir el sistema de salud hacia la equidad y la eficiencia. En un mercado libre, sin reglas de juego, compuesto por aseguradores y proveedores en el lado de la oferta, y consumidores individuales en el lado de la demanda, los mecanismos de competencia destruyen la eficiencia y la equidad y dejan a los consumidores inermes. La competencia regulada es competencia por el precio, pero el precio en el cual se enfoca es la prima anual que se paga por un plan de beneficios y no el pago que se hace por cada servicio individual. Pueden existir copagos y deducibles aplicables a servicios individuales, que pueden ser usados para influir la conducta de los usuarios hacia un uso más racional de los servicios. La competencia regulada supone unos agentes compradores de servicios inteligentes y activos denominados patrocinador (*sponsor*). El patrocinador, de naturaleza gubernamental, privada o mixta, es una agencia que actúa como corredor y contrata con un plan de salud lo relacionado con los beneficios cubiertos, los precios, los procedimientos de afiliación y otras condiciones de la participación de los usuarios. El patrocinador estructura y ajusta el mercado de proveedores que compiten entre sí, para establecer reglas de equidad, crear una demanda elástica al precio y evitar una selección del riesgo. La característica principal de un patrocinador debe ser su motivación única hacia la meta de conseguir la atención en salud de la más alta calidad para sus beneficiarios, dentro de los fondos disponibles. Los elementos claves para el funcionamiento de la competencia regulada son: un mercado con

tres protagonistas (los patrocinadores, el consumidor consciente del costo y los planes de salud, que integran las funciones de financiación y provisión de los servicios) y disponibilidad de información relevante acerca de costos y calidades de los servicios.

La teoría de la competencia regulada fue adaptada por Londoño y Frenk en un modelo para la reforma de los sistemas de salud, denominado por ellos pluralismo estructurado⁴⁰⁷.

Las principales características derivadas del modelo del pluralismo estructurado pueden determinarse así⁴⁰⁸: el pluralismo estructurado alienta una distribución más equilibrada de poder que en cualquiera de los modelos polares. La población estaría integrada de manera horizontal y la asignación de funciones sería explícita y especializada. El sistema de salud no estaría organizado por grupos sociales sino por funciones. Identifica de manera explícita cada una de las funciones del esquema: modulación, financiamiento, articulación y prestación del servicio. La modulación se convierte en la misión principal del Ministerio de Salud, hoy MPS, dejando de ser un proveedor más de servicios de salud, para convertirse en el responsable de imprimir una dirección estratégica al sistema en su conjunto. La modulación es la función que se encuentra descuidada, en cuanto no ha sido suficientemente especificada e instrumentalizada, además esta tendrá que irse fortaleciendo en la medida en que los sistemas de salud se vuelvan más abiertos y diversificados a través de

⁴⁰⁷ Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. *Pluralismo Estructurado: Hacia un Modelo Innovador para la Reforma de los Sistemas de Salud en América Latina*. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353. El pluralismo estructurado, en palabras de sus autores: “intenta expresar la búsqueda de un punto medio entre los arreglos polares que tanto han dañado el funcionamiento de los sistemas de salud. *Pluralismo* evita los extremos del monopolio en el sector público y la atomización en el sector privado. *Estructurado* evita los extremos de los procedimientos autoritarios del gobierno y la ausencia anárquica de reglas del juego transparentes para evitar o compensar las fallas del mercado”, p. 16. Según Laurell, el Pluralismo Estructurado es una concepción sobre cómo proceder para introducir el mercado como principio rector del sector público y del sistema nacional de salud. Ob. cit., p. 74.

⁴⁰⁸ Ibíd, pp. 16-22.

la descentralización y la competencia creciente. Por medio de la modulación se deben establecer las reglas del juego, justas y transparentes, con el fin de impulsar un desarrollo armónico del sistema. Debe estar a cargo de instancias neutrales que se encuentren por encima de cualquier interés particular. Son funciones específicas de la modulación estratégica del sistema de salud el desarrollo del sistema, coordinación, diseño financiero, regulación propiamente dicha y protección del consumidor.

La función de articulación, función innovadora, se vuelve explícita y es responsabilidad de instituciones especializadas. Debe ser estructurada como un “proceso de financiamiento-prestación”. El primer paso en el proceso es la captación de dinero por parte de las agencias financieras, así como la acumulación de ese dinero en fondos. La población organizada en hogares y empresas representa la fuente última de financiamiento a través del pago de impuestos generales, impuestos a la nómina, contribuciones especiales y primas de seguro.

La articulación, bajo el esquema de competencia estructurada, implica articular en paralelo dos importantes interfaces: articulación entre poblaciones y prestadores –administración de riesgos, administración del acceso y la representación– y la articulación entre agencias financieras y prestadores de servicios –diseño de incentivos, diseño de beneficios y la gestión de la calidad–. La función de articulación permitiría una conexión transparente entre los diversos componentes del proceso de financiamiento-prestación⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Arenas Monsalve, citando a Gutiérrez, Sampedro, Jorge, en “Diez años de la seguridad social, un punto de vista desde el modelo del pluralismo estructurado”, en *Diez años del sistema de seguridad social colombiano* (Emilio Carrasco, coordinador), señala que la función de *articulación*, en el modelo de pluralismo estructurado implica “articular en paralelo dos importantes interfaces: por un lado, entre las poblaciones y los prestadores de servicios y, por otro, entre las agencias financieras y los prestadores. Véase Arenas Monsalve, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. 2.^a ed., 4.^a reimpresión. Bogotá: Legis, 2008, p. 444.

El financiamiento se convierte en la responsabilidad central de la seguridad social y se ampliará gradualmente a fin de alcanzar una protección universal guiada por principios de finanzas públicas. Los subsidios estarán orientados a la demanda, más que a la oferta. El Estado conserva la responsabilidad directa del financiamiento y la prestación de aquellos servicios de salud que se caracterizan por ser bienes públicos, tales como la vigilancia epidemiológica y la salud ambiental.

La prestación directa de servicios queda abierta a todo un esquema pluralista de instituciones, tanto públicas como privadas.

Efectivamente, el SGSSS, creado en el marco de las reformas neoclásicas, materializadas en la Ley 100 de 1993, se basa en un modelo de mercado con competencia regulada⁴¹⁰, el cual tiene como supuesto básico que el mercado operará y producirá mejores servicios a mejor precio, en condiciones controladas por un Estado optimizador de los beneficios⁴¹¹. En el mismo

⁴¹⁰ Al respecto expresó Pinto Masis: “En 1993 el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano implementó un modelo de competencia regulada basado en el aseguramiento universal de la población y el fomento de la competencia en los mercados de aseguramiento y provisión de servicios. Con este modelo se busca abordar problemas de acceso, ineficiencia y calidad en los servicios de salud [...] La estrategia principal de la reforma colombiana para incrementar el acceso a los servicios de salud es eliminar las barreras financieras por medio de la afiliación de toda la población a un seguro de salud. La implementación de esta estrategia se inició con dos regímenes separados, el Contributivo y el Subsidiado, que difieren en fuentes de financiación, población objeto y beneficios. Con el objeto de mejorar la eficiencia y la calidad, ambos regímenes operan bajo un modelo de competencia regulada, en el que los usuarios escogen entre empresas aseguradoras que compiten entre sí ofreciendo productos que incluyen los atributos de calidad preferidos por los consumidores.” La competencia regulada y la calidad de la atención desde la perspectiva del usuario. Evidencia del sistema de salud colombiano. Diana Margarita Pinto Masis. Harvard School of Public Health. Octubre de 2002, En igual sentido, Acosta Ramírez, señala: “Con la reforma de 1993, Colombia adopta un nuevo sistema de salud. Este modelo conlleva cambios organizacionales como la creación de aseguradoras y la instauración del modelo de atención gerenciada (*managed care*) para la intermediación en la prestación de servicios. Adicionalmente, se instaura un mercado de competencia regulado en el aseguramiento y prestación de servicios (*managed competition*).” *Reforma colombiana de salud basada en el mercado: una experiencia de “Managed care y managed competition”*. Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

⁴¹¹ Ibíd. Datos referidos por el MPS en presentación realizada por el señor ministro del ramo, doctor Diego Palacio. Al respecto Nieto L. y Londoño F. anotaban: “... En el contexto del debate sobre las políticas del estado de bienestar, Colombia adopta a principios de la década pasada un nuevo modelo de desarrollo, cuyo soporte más inmediato es justamente la ruptura del consenso alrededor de las recomendaciones

sentido, anota Hernández Álvarez⁴¹² que, en síntesis, no se trata de un libre mercado, aunque sin duda se parte del supuesto de que el mercado es naturalmente más eficiente que el Estado para el manejo de los recursos y de la separación entre bienes privados y bienes públicos de la teoría neoclásica. De allí se derivaría la priorización de la eficiencia para el logro de mayor equidad.

Las funciones y elementos del modelo precitado, en teoría, bajo la normativa de la Ley 100 de 1993⁴¹³ y la Ley 1122 de 2007, se pueden identificar así: aseguramiento obligatorio al SGSSS; financiamiento, básicamente, a través de aportes y cotizaciones; recursos fiscales de solidaridad y los propios de entes territoriales; prevalencia de los subsidios a la demanda de servicios; competencia regulada en el aseguramiento; competencia regulada en la prestación de los servicios; solidaridad financiera, plan de beneficios definido; libertad de elección por parte de los usuarios; existencia de un fondo que garantice la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del SGSSS; cubrimiento de los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias señaladas por la ley; descentralización administrativa y organización por niveles de atención y de complejidad; integración vertical limitada entre administradores y prestadores

keynesianas y la reivindicación de las virtudes de la economía de mercado. Tales orientaciones, que configuran el pensamiento dominante en materia económica y sanitaria, se manifiestan en el rediseño de la política social y la política de salud del país. Con la reforma a la seguridad social —Ley 100 de 1993— se crea en Colombia un nuevo sistema basado en el seguro de salud con cobertura familiar, la competencia regulada entre aseguradoras y prestadoras de servicios públicas y privadas y la separación o especialización de funciones entre los organismos de dirección, aseguramiento, prestación, vigilancia y control...”. Nieto L., Emmanuel y Londoño F., Juan Luis. “Factores socioeconómicos y aseguramiento en salud en el área urbana de Colombia. Socioeconomic agents and health insurance in the urban areas in Colombia”, publicado en la *Rev. Facultad Nacional de Salud Pública* 2001; 19 (1): 25-40.

⁴¹² Hernández Álvarez, Mario. “El Enfoque Sociopolítico para el Análisis de las Reformas Sanitarias en América Latina”, ponencia presentada al VIII Congreso Latinoamericano de Medicina Social y XI Congreso de la Asociación Internacional de Políticas de la Salud. La Habana, Cuba. 2000. *Revista Cubana de Salud Pública*. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.

⁴¹³ Confróntese básicamente los artículos 154 y 156 de la Ley 100 de 1993. Véase también, Uribe, Juan Pablo. *Presentación Gestión Hospitalaria Sostenible: La Experiencia de la Fundación Santa Fe de Bogotá*. Sao Paulo. 2007. Diapositiva 15.

del servicio⁴¹⁴; existencia de la UPC; destinación específica de los recursos del SGSSS, asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de Seguridad Social en Salud, como parte fundamental del gasto público social; ampliación de la cobertura de la seguridad social en salud permitiendo progresivamente el acceso a los servicios de educación, información y fomento de la salud y a los de protección y recuperación de la salud, entre otros.

Igualmente de la Ley 100 de 1993⁴¹⁵ y de la Ley 1122 de 2007 se puede colegir las funciones propias de la teoría de la competencia regulada y del pluralismo estructurado⁴¹⁶, así: (i) Modulación. Entendida por ambas leyes como dirección, vigilancia y control, orientación y regulación; se encuentra en cabeza del Presidente de la República⁴¹⁷, del MPS, de la actual CRES, y de la Supersalud⁴¹⁸. La regulación está a cargo del Estado, el cual define oficialmente

⁴¹⁴ Véase el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, en concordancia con la Sentencia C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 121, que declara exequible tal articulado: “en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva, que debe ajustar su integración vertical al 30%”.

⁴¹⁵ Véase artículo 155 de la Ley 100 de 1993.

⁴¹⁶ Véase la redefinición doctrinal y esquemática que se realiza al respecto de las funciones referidas en el aparte 3.4 Funciones de las partes del SGSSS del Informe sobre la Salud. *El Derecho a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud. Procuraduría General de la Nación*. Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, la Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya (ACCD) y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –DeJusTicia–. Primera edición: mayo 2008. Bogotá. D. C., Colombia, pp. 92 y siguientes.

⁴¹⁷ Confróntese el artículo 170 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 119 del Decreto Extraordinario 2150 de 1995. Concuérdese con la Sentencia C-370 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 25; y con la Ley 790 de 2002, “Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”, se fusionan el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Ministerio de Salud y se conforma el Ministerio de la Protección Social”.

⁴¹⁸ El artículo 36 de la Ley 1122 de 2007 creó el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS como un conjunto de normas, agentes, y procesos articulados entre sí, el cual estará en cabeza de la Supersalud, de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, sin perjuicio de las facultades asignadas al Instituto Nacional de Salud y al Invima. Concuérdese con la Sentencia C- 902 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 18. Así mismo, con el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Las sentencias C- 956 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 16; C-117 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 18, y la C-119 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 23, declararon exequible tal artículo “en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en

el POS (del producto) y determina la UPC (el precio). (ii) Articulación. Entendida por ambas leyes como organismo de administración y aseguramiento⁴¹⁹; está en cabeza de las EPS⁴²⁰ y de las direcciones seccionales, distritales y locales de salud. Implica la administración de recursos, riesgos y de acceso a los servicios de salud. Asimismo, la representación de los usuarios frente a los proveedores de servicios de salud con el fin de lograr mejor calidad y eficacia en su prestación. (iii) Financiamiento. De acuerdo con las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, el financiamiento del SGSSS se encuentra en cabeza de las mismas EPS⁴²¹, de las direcciones seccionales, distritales y locales de salud y del Fosyga. Implica la movilización de recursos y por ende la compensación entre los usuarios del SGSSS. (iv) Prestación de los servicios. En cabeza de las IPS⁴²² públicas⁴²³, mixtas o privadas. La Ley 1122 de 2007 consagra en su capítulo V las condiciones de la prestación y provisión de los servicios de salud.

razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control”. Véase también la Circular Externa 054 de 2009 de la Supersalud.

⁴¹⁹ Según el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, se debe entender por aseguramiento en salud la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.

⁴²⁰ El precitado artículo determina que las EPS en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento y que las entidades que a la vigencia de la Ley 1122 de 2007 administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante EPS del Régimen Subsidiado.

⁴²¹ Por su parte, el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 define a las EPS como las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fosyga. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados. Concuérdese con la Sentencia C- 616 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 41 y ss.

⁴²² El artículo 185 de la Ley 100 de 1993 determina que son funciones de las IPS prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley. Así mismo, que las IPS deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Además, propenderán por la libre concurrencia en sus acciones, proveyendo información oportuna, suficiente y veraz a los usuarios, y evitando el abuso de posición dominante en el sistema. Igual determina que están prohibidos todos los acuerdos o convenios entre IPS, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud.

⁴²³ De acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1122 de 2007, la prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de las ESE que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud.

En ese marco de competencia regulada y de pluralismo estructurado, el SGSSS tiene como base el modelo de aseguramiento y concurrencia de particulares en función de articuladores, denominados como patrocinadores en la teoría original de la competencia administrada, en específico en su calidad de EPS o de prestadores del servicio en su calidad de IPS⁴²⁴. Particulares, que fundamentados en la libertad económica, en la libertad de empresa y de libre competencia lógicamente, *prima facie* actúan en aras de los principios económicos propios de la empresa privada: eficiencia y ánimo de lucro⁴²⁵.

Según López⁴²⁶, las reformas de seguridad social y de salud se vincularon a procesos de ajuste macroeconómico, reducción del tamaño y del rol del Estado⁴²⁷. Los objetivos fueron aumentar la eficiencia, satisfacer el aumento creciente de la demanda y controlar los costos inflacionarios. En ese contexto, expresa la autora, las reformas sectoriales de salud parten de la propuesta de la separación de funciones, la inclusión de proveedores y aseguradoras privadas y

⁴²⁴ Según Ramírez Rodríguez, este modelo de salud simula un mercado competitivo regulado a través de la fijación del precio y del producto. El producto es el POS y el precio la UPC que cubre el costo promedio del producto y de la administración. La oferta la realiza las EPS y la demanda los afiliados de los regímenes existentes y de los “vinculados. El funcionamiento del mercado depende de la interacción del producto, la oferta y la demanda. El mediador en la interacción de la oferta y el producto es el Gobierno a través del Fosyga. Confróntese Ramírez Rodríguez, Carolina. *Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop*. Bogotá: Universidad Externado. 2005.

⁴²⁵ Según Ramírez Rodríguez, la organización industrial que caracteriza al mercado de salud es el oligopolio. Ob. cit., p. 6.

⁴²⁶ López, María Elena. *Las Reformas en Salud en América Latina y la Atención en Salud de los y las Adolescentes*.

⁴²⁷ En voces de Sánchez Toro, el objetivo central de estas reformas –de primera generación– no era tanto la mejora del funcionamiento del Estado como su mera reducción, para lo cual se partía de la premisa que desarrollaba funciones que, en el nuevo contexto ideológico, no se le consideraban propias (por medio de privatizaciones, externalidades y desregularizaciones, entre otras), y en una importante reducción de efectivos de los aparatos públicos. Así, la vocación de estas iniciativas modernizadoras era de orientación externa del aparato estatal, es decir pretendían modificar sus relaciones con la sociedad, pero no su funcionamiento. A escala regional, continúa Sánchez Toro, los objetivos de política económica y de las reformas a los mercados se orientaron al fomento del libre mercado y la competencia como requisito previo para direccionar el crecimiento económico, acorde con los cambios de la globalización, que en buena parte se resume con los planteados en el Consenso de Washington. El Estado, como agente económico, dejó de existir en los principales países de América Latina en la década de los 90 y hoy el proceso prácticamente ha concluido, dice Sánchez Toro. Véase Sánchez Toro, Carlos Ariel. “El Estado constitucional en la globalización. Garantías de derechos, ciudadanía y mercado en el contexto de reformas de Estado”, en *Revista de la Academia de la Jurisprudencia*. Bogotá: n°. 333, diciembre, 2006, pp. 61-78.

la descentralización. El modelo económico del SSSI colombiano y del SGSSS, se debe precisar, se encuentra inserto en el paquete de ajustes macroeconómicos que Colombia realizó con base en las políticas generadas por organismos multilaterales⁴²⁸ que implicaron su materialización en la reforma planteada por la Ley 100 de 1993, reforma que se estructura teniendo como antecedente un oscuro panorama⁴²⁹.

Por su parte, las reformas del sector salud en Colombia, según Orozco Africano⁴³⁰, han partido de la prevalencia del modelo higienista, iniciado con la promulgación de la Constitución de 1886 hasta mediados de 1950, en el cual la provisión de salud pública se limitaba a atender aspectos de carácter sanitario, mientras que la atención preventiva y curativa en salud tenía que ser financiada por los propios usuarios o por algunas instituciones religiosas de caridad. Luego, se pasa a un periodo caracterizado por la creación del Sistema Nacional de Salud⁴³¹, bajo el esquema de subsidio a la oferta⁴³². Finalmente,

⁴²⁸ Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial (*Informe sobre el desarrollo mundial 1993: Invertir en Salud*. Washington. D. C.) y de la propia OMS. En efecto, la reforma a la seguridad social en Colombia se dio en un contexto socio-económico marcado por la impronta de la llamada “apertura económica” que se inicio en 1990 con el gobierno de Virgilio Barco con su programa “Modernización de la economía colombiana” y se profundizó con el gobierno de César Gaviria con su programa “Revolución pacífica e internacionalización de la economía” Véase documento de Arenas Monsalve, Gerardo y otros. *Modelo Económico que ha imperado en Colombia y las consecuencias o impactos que el mismo ha tenido en el mercado de trabajo en las últimas décadas*.

⁴²⁹ Solamente un 20% de aseguramiento, un 25% de la población más pobre sin acceso a servicios básicos de salud, 3.5 del PIB se dedicaba a la salud, un sistema basado en subsidios a la oferta y subsidios dirigidos a los más ricos. Por ende, un sistema de salud inequitativo, insolidario, desarticulado, sin cobertura familiar, ineficiente, asistencialista, bajo en cobertura y selectivo por capacidad de pago. Datos referidos por el Ministerio de la Protección Social en presentación realizada por el señor ministro del ramo, doctor Diego Palacio y en presentación realizada por Augusto Galán Sarmiento. *El Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia*. Acemi.

⁴³⁰ Orozco Africano, Julio Mario. *Caracterización del mercado del aseguramiento en salud para el régimen contributivo en Colombia*. Capítulo 2. Antecedentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2.1. Las reformas del sector salud: del modelo higienista a la competencia regulada. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. En [<http://www.eumed.net/libros/2008b/386/Antecedentes%20del%20Sistema%20General%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud.htm>].

⁴³¹ Con el Ministerio de Salud como cabeza del sistema, y tres subsectores claramente identificados: subsector Oficial (asistencia pública, financiado con recursos públicos), subsector Seguridad Social (trabajadores públicos y privados cotizantes) y subsector privado (pago de bolsillo). Véase Hernández

se arriba a un tercer periodo que inicia en 1990 con la expedición de la Ley 10, en el cual, según el autor en cita, confluyen dos fuerzas importantes que tenían los cambios y reformas actuales del sector salud. De una parte, la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, constitucionalizando el derecho a la salud y declarando el Estado colombiano como un Estado social de derecho⁴³³, y de otra parte, en palabras de dicho autor, el conjunto de reformas estructurales emprendido a partir de 1990 que siguieron los lineamientos del *Consenso de Washington*. Así mismo, afirma, que las reformas estructurales tendientes a la privatización de algunas empresas del Estado, en combinación con la creación de incentivos de mercado para la competencia en la prestación de servicios sociales como la salud, inspiraron la concepción del esquema de competencia regulada que se instauró en Colombia a partir de la Ley 100 de 1993.

Según Pinto⁴³⁴, un elemento común en las agendas de reforma de los sistemas de salud en las últimas dos décadas ha sido introducir competencia en los mercados de salud, con el argumento de que esta puede servir como un instrumento de política para inducir la eficiencia, mejorar la capacidad de respuesta a los usuarios y mejorar la calidad de la atención. De acuerdo con la autora en cita, en ese marco y reconociendo las imperfecciones de los

Álvarez, Mario. Ponencia: *La experiencia constituyente y la salud en Colombia: aportes desde una lectura sociopolítica*. Presentación. Diapositiva 6.

⁴³² De acuerdo con el autor en comento, en este período el servicio de salud se convierte en parte integral de la planeación socioeconómica del país. Igualmente se crea un esquema tripartito (estado-empleadores-empleados) de financiación para la prestación de los servicios de salud a la población trabajadora formal (PNUD, 1998); sin embargo, según el autor, tal Sistema seguía sin proporcionar una atención integral en salud a la población de escasos recursos.

⁴³³ Que consagra la vida como un derecho fundamental inviolable, de allí, según Orozco Africano, se deriva la obligatoriedad jurídica para la provisión de servicios de salud por parte del Estado (o agentes particulares delegados por éste) en aras de garantizar el mencionado derecho fundamental. El autor en comento, citando a Garay, afirma que el cambio constitucional se interpreta como una transición desde la visión típicamente de Estado de bienestar o benefactor a un Estado social o post-benefactor, menos paternalista pero más preocupado por garantizar derechos civiles, sociales y políticos.

⁴³⁴ Pinto, Diana. En Presentación: Mercados de seguros de salud y calidad de la atención. ¿Existe la mano visible? Comentarios Diapositiva 3.

mercados de salud⁴³⁵ se promocionan modelos de competencia regulada, de los cuales el más reconocido es el planteado por Alain Enthoven en Estados Unidos en la década de los 80, el que tiene los siguientes componentes encaminados a crear las condiciones para que la competencia sirva como instrumento de política para inducir la eficiencia y la calidad: aseguramiento universal de la población, libre elección de los usuarios, paquete de beneficios uniforme, estándares mínimos de calidad, información sobre calidad y precio, normas contra selección de riesgos. Todo esto bajo el auspicio de un patrocinador, ya sea el Estado o el comprador de servicios⁴³⁶.

En palabras de Acosta Ramírez⁴³⁷, la introducción de articuladoras o intermediadoras en el proceso de producción y compra de servicios de salud

⁴³⁵ Gimeno Ullastres dice, en relación con los fallos del mercado y el intervencionismo público, que: "... En suma, ventajas e inconvenientes en las dos instituciones fundamentales –mercado y Estado–. Tanto los fallos de mercado como los del Estado son más regla que la excepción. Ni la existencia de fallos de mercado basta para justificar la intervención estatal ni los fallos del Estado son suficientes para legitimar el *laissez faire*." Véase Gimeno Ullastres, Juan A. La eficiencia y los fallos del mercado: el intervencionismo público. Capítulo 4 del libro *Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica. Economía de la Salud: Fundamentos*. Gimeno Ullastres y otros. Editores Juan a. Gimeno, Santiago Rubio y Pedro Tamayo. Ediciones Diazdesantos, 2005, p. 173.

⁴³⁶ En términos generales, según Restrepo Trujillo⁴³⁶, Enthoven articuló su teoría con base en la combinación de estrategias regulatorias con la competencia, y que surge de la aplicación de principios microeconómicos que se combinan con observaciones empíricas para analizar que parte de la teoría ha funcionado en la realidad. Precisamente sobre la teoría en cuestión, Restrepo Trujillo aclara que en un principio Enthoven habló de competencia regulada (*regulated competition*), término que pudo haber sido interpretado como la coexistencia de unas reglas rígidas, formuladas por el gobierno, que se aplican para organizar el mercado. Continúa Restrepo Trujillo señalando que la propuesta, en su versión más refinada, apunta más bien a la utilización de una serie de herramientas, en forma flexible y dinámica, que dirijan y "manejen" el mercado, de tal manera que se conjuren sus fallas, en la consecución de la equidad y la eficiencia de los servicios. Por tal razón, el autor ha preferido denominar su propuesta como competencia manejada (*managed competition*). La definición que trae Restrepo Trujillo, citando a Enthoven, para la Competencia Regulada, es: "La competencia regulada es una estrategia de compra de servicios para obtener el máximo valor por el dinero que pagan los consumidores. Esta estrategia usa una serie de reglas para la competencia, que gratifican con más clientes e ingresos a aquellos planes de salud que hacen un buen trabajo mejorando la calidad, disminuyendo el costo y satisfaciendo a los usuarios. El juicio acerca de buen trabajo lo hacen tanto un agente independiente del usuario y del proveedor, el patrocinador, armado con la información adecuada y con el consejo de expertos, como los usuarios, bien informados y conscientes del costo de los servicios". Confróntese *La Reforma a la Seguridad Social en Salud de Colombia y la Teoría de la Competencia Regulada*. Mauricio Restrepo Trujillo. Santafé de Bogotá. 1996, pp. 21-24.

⁴³⁷ Acosta Ramírez, Naydú. *Reforma colombiana de salud basada en el mercado: una experiencia de Managed care y managed competition*. Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

acogen la propuesta de Enthoven sobre un modelo de organización en la prestación de servicios denominado “atención gerenciada en salud”. Bajo el modelo de *managed care* se promueve un sistema de cuidado integrado, con la creación de instituciones que organizan la prestación y compra de los servicios de salud, con control de costos y de resultados de la atención, incluida la calidad de los servicios.⁴³⁸

Por su parte, Franco G.⁴³⁹ describe que las principales razones para replantear el sistema de salud anterior a la Ley 100 de 1993 fueron consideraciones de equidad y solidaridad, reorientación del gasto en salud y aumento de la financiación, privatización de los servicios y búsqueda de la eficiencia, instaurar una modalidad de competencia regulada en el sistema colombiano, diferenciar completamente las funciones de aseguramiento y las de prestación de servicios, separación de las funciones de la atención médica de las de la salud pública, pasar de una racionalidad paternalista basada en el subsidio a la oferta a otra, en concordancia con el aseguramiento, basada en el subsidio a la demanda.

Yepes Luján y Sánchez Gómez⁴⁴⁰ expresan que finalmente la Ley 100 de 1993 estructuró un sistema mixto donde el Estado asumió un papel rector y modulador, pero se liberó de las responsabilidades de aseguramiento y prestación de servicios que pasaron a ser asumidas, en un esquema competitivo, por entidades públicas y privadas con y sin ánimo de lucro. El articulado final de la ley busca conciliar, según los autores, las posiciones

⁴³⁸ Sobre los principios esenciales de la atención gerenciada, Acosta Ramírez se refiere a la contratación selectiva de proveedores, la gerencia de la utilización, el pago negociado y alguna forma de gerencia de la calidad. Op. Cit.

⁴³⁹ Franco G., Álvaro. “Seguridad Social y Salud en Colombia. Estado de la Reforma”. *Revista de Salud Pública*, vol. 2, n.º 1, marzo del 2000.

⁴⁴⁰ Yepes Luján, Francisco José y Luz Helena Sánchez Gómez. “La reforma del sector de la salud en Colombia: ¿un modelo de competencia regulada?”, en *Revista Panamericana de Salud Pública*, vol. 8, n.ºs 1-2, Washington, julio/agosto, 2000.

extremas favorables a la total privatización del sistema de salud y las favorables a un servicio nacional de salud estatal.

A manera de resumen, Restrepo y Rodríguez⁴⁴¹ expresan: “En Colombia se tiene un sistema de salud basado en la competencia regulada⁴⁴². En él interactúan los mercados de seguros y servicios de salud, influenciados por variables reguladas como la unidad de pago per cápita (precio) y el plan obligatorio de salud (cantidad y calidad), al igual que normas específicas para los agentes que participan en ellos”. Las condiciones básicas de la propuesta son dos: primero, la protección financiera para todos, y segundo, la puesta en marcha de arreglos financieros y de organización de los servicios, que requieren que el usuario sea consciente del costo al escoger la instancia que le provee los servicios. El modelo busca como objetivos primordiales, siguiendo a Restrepo Trujillo, primero eliminar entre los distintos planes de salud aquellas diferencias que sean distintas del precio y, segundo, desviar el foco de la conducta competitiva, de las amenidades y de la calidad percibida por el usuario hacia el precio y algunas medidas objetivas de la calidad de los servicios.

Finalmente, Gómez Arias⁴⁴³ se refiere a que en la práctica “la implantación de la Ley 100 de 1993 generó cambios muy complejos que trascendieron el ámbito

⁴⁴¹ Restrepo Zea, Jairo Humberto y Rodríguez Acosta, Sandra. *Diseño y experiencia de la regulación en salud en Colombia*.

⁴⁴² El propio autor, Restrepo Zea, dice: “La regulación es una manera de intervención del sector público, el cual utiliza su poder legítimo y coactivo para establecer restricciones a las actividades de los agentes que participan en el mercado y, de este modo, garantizar la asignación eficiente de bienes y servicios y el bienestar social. En Colombia, como experiencia interesante a nivel internacional, se adoptó para el sector salud un esquema de competencia regulada en el que participan tres organismos con funciones de regulación, uno de carácter colegiado y otros dos que son dependencias centrales del Ejecutivo”. Véase Restrepo Zea, Jairo Humberto y otros. *Organismos Reguladores del sistema de salud colombiano: conformación, funcionamiento y responsabilidades*. Borradores del CIE n.º 1, agosto de 2002. Centro de Investigaciones Económicas, Universidad de Antioquia, p. 1.

⁴⁴³ Véase Gómez Arias, Rubén Darío. “La emergencia social en salud en Colombia”, en *Cuadernos del Doctorado*, n.º. 13, *voces críticas desde la academia sobre la Emergencia Social en Salud*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá Interfacultades, 2010, pp. 198 y ss.

del sector y reflejan la forma de entender las políticas sociales en los regímenes neoliberales”, y agrega que “entre los hechos más llamativos e ilustrativos del desempeño del modelo sanitario adoptado mediante la Ley 100 podrían destacarse los siguientes: la reforma aumentó notablemente los recursos destinados a salud, el aseguramiento en salud se han convertido en uno de los negocios más sólidos en el país, para las aseguradoras el negocio radica en recaudar y no pagar (a menos que no haya más remedio), el negocio del aseguramiento ha sido rentable para las aseguradoras, la reforma impuso a la gestión pública una racionalidad económica centrada en la rentabilidad y la racionalidad económica desintegro los esfuerzos en salud”.

Como conclusión se puede afirmar que tanto las normas constitucionales como el modelo económico colombiano, igual que el modelo económico del SGSSS permiten la intervención de particulares en el mercado de competencia regulada que la propia Ley 100 de 1993 ha establecido, esto refuerza la tensión entre los derechos fundamentales a la salud y el de la libre empresa. También se podría decir que crea una caótica relación entre ambos derechos. De una parte, se permite la participación de los particulares, a quienes se les garantiza libertad económica, por ende, la posibilidad de obtener ganancias por su participación en el mercado de la salud, y por otro, la garantía a todas las personas de acceso real a los servicios de salud, a la eficacia del derecho a la salud en su connotación esencialmente social⁴⁴⁴. Además, porque en la estructuración del modelo de competencia regulada y de pluralismo estructurado a través de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios no se tuvo en cuenta la necesaria diferenciación que trae tal modelo de las funciones de modulación, articulación, financiamiento y prestación de servicios de salud para evitar

⁴⁴⁴ En voz de Jaramillo Pérez, la Ley 100 pretende producir una ingeniosa fórmula, quizá única en el mundo, que trata de hacer compatible el negocio de la rentabilidad económica en la inversión médico-hospitalaria con la preservación de la salud, en lugar del estímulo tradicional a la atención de la enfermedad. Jaramillo Pérez, Iván. *El futuro de la salud en Colombia*, 4.^a ed., Bogotá: Fescol. Fundación Corona, 1999, p. 246.

conurrencia de funciones o conflictos de competencia. Desde una mirada general, se puede advertir que las mismas entidades que sirven de articuladores o aquellas que tienen como función la prestación de servicios también se encuentran involucradas en el tema de la financiación. De igual forma, la modulación está diseminada en un gran número de entidades, esto implica que tales derechos puedan reforzar su confrontación en el marco de tales situaciones. Sin mencionar que en este modelo el Estado cumple roles que se superponen y que le permiten en veces ser regulador, prestador, vigilante y agente que dirige los conflictos presentados en el SGSSS.

3.3 CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONCURRENCIA DE PARTICULARES EN LA ADMINISTRACIÓN O PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO

En este apartado se analiza la constitucionalidad o no del SGSSS, así como la constitucionalidad o no del propio régimen contributivo, teniendo como punto de referencia la participación de los particulares en la administración del régimen contributivo y en la prestación de los servicios de salud en tal régimen.

Por tanto las preguntas serán: ¿Es constitucional el SGSSS? ¿Es constitucional la estructuración de dos regímenes diferentes dentro del SGSSS? ¿Es constitucional la participación o concurrencia de particulares en la administración o en la prestación de los servicios de salud? Análisis que se hará con revisión de algunas sentencias sobre los temas referidos, en este caso desde la vigencia del SGSSS hasta el año 2008, inclusive. No sin antes referirnos a la connotación del derecho a la salud en su faceta como servicio público esencial, como punto de partida de dicho análisis.

- **Doble connotación del derecho a la salud.** Tal como se dijo antes, en lo relacionado con la naturaleza jurídica del derecho a la salud, este derecho presenta una doble connotación. Preferentemente como derecho fundamental, y una faceta como servicio público esencial. Como derecho se adoptó la tesis de que el derecho a la salud es un derecho fundamental, como servicio público se hará un breve análisis al respecto, entendiéndose como servicio público la prestación esencial, general, regular, continua, obligatoria y eficiente, por parte del Estado o en concurrencia con los particulares, y que cubre necesidades públicas o de interés general, cuyo control y vigilancia corresponde al Estado⁴⁴⁵. Como servicio público esencial es aquel servicio que de no prestarse pondría en peligro la existencia misma de las personas y por supuesto del propio Estado⁴⁴⁶.

Dromi se refiere al concepto de servicio público como la prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo la fiscalización estatal. El mismo autor señala que el *servicio* es una organización de medios para una actividad o función estatal, y el término *público* es indicativo de la condición del sujeto titular (personas públicas); del fin del servicio (público); del régimen jurídico al que se somete (derecho público); y de los destinatarios o usuarios (el público)⁴⁴⁷. De tal concepción puede destacarse que el servicio público es una manifestación de los fines y de las funciones del Estado, lo cual coloca tal concepción en la interpretación positiva del servicio

⁴⁴⁵ Véase Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª ed., Buenos Aires: 2004, p. 823 y Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, t. II, 7ª ed., Buenos Aires: Editorial Lexis-Nexis, 2002, p. 363.

⁴⁴⁶ Aquí es interesante retomar el concepto de servicio público esencial, que se determinó por el legislador en la Ley 336 de 1996, artículo 5º: "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte": "El carácter de servicio público esencial bajo la regulación del Estado que la ley le otorga a la operación de las empresas de transporte público, **implicará la prelación del interés general sobre el particular, especialmente, en cuanto a la garantía de la prestación del servicio y a la protección de los usuarios,** conforme a los derechos y obligaciones que señale el reglamento para cada modo" (resalto fuera de texto).

⁴⁴⁷ Cfr. Dromi. Ob. cit., pp. 623 y ss.

público⁴⁴⁸, en cuanto los servicios públicos como *actividad prestacional* están, en palabras de Dromi, subsumidos en las funciones del Estado. No obstante, bajo una razón jurídica actual, se ha tratado de conferirle un *régimen jurídico especial*, diferente del régimen jurídico general de la actividad pública con base en los elementos relacionados con el fin que cumple⁴⁴⁹, la organización que lo presta⁴⁵⁰ y la forma o el régimen jurídico que lo regula⁴⁵¹.

Siguiendo al autor en cita, y como razón política de la noción de servicio público se encuentra en íntima relación la razón de ser del Estado⁴⁵², en nuestro caso el bienestar general, el bien común y el mejoramiento de la calidad de vida⁴⁵³. Por ello la prestación de un servicio público, aun por particulares, por delegación o autorización estatal de competencias para tal fin, sigue perteneciendo a la esfera de la razón de ser del Estado y por ende del quehacer público. En palabras del autor, que nos sirven como referencia y su obra como breve marco teórico, la prestación es un dato de identidad del servicio público, y de ese modo en el servicio público la organización social brinda algo de lo que se carece y que es necesario, en ese sentido el servicio público siempre tiene carácter prestacional. Por ello, dice el autor referido, que el obrar público sin distinción de sus ejecutantes tiene que estar inexorablemente regido en todo o en parte por el derecho público⁴⁵⁴. En ese orden de ideas, no existen servicios públicos sin valores, ya que su prestación, inclusive cuando son los particulares

⁴⁴⁸ La interpretación negativa del servicio público plantea la crisis y extinción de la noción de servicio público como categoría jurídica autónoma. Cfr. Dromi. Ob. cit., p. 824.

⁴⁴⁹ En tal sentido, Dromi señala la satisfacción de una necesidad pública, colectiva o de interés público. Ob. cit., p. 824.

⁴⁵⁰ En cuanto a la organización que lo presta se refiere Dromi a que puede ser la administración pública activa, directa o indirectamente. Ibídem.

⁴⁵¹ Sobre el régimen jurídico señala Dromi que se manifiesta en los caracteres de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y obligatoriedad, a los cuales se suman la calidad y eficiencia por mandato constitucional. Ibídem. En nuestro caso colombiano y con respecto al derecho fundamental a la salud se le suman la calidad, la participación, la solidaridad, la unidad, la universalidad, la integralidad, la subsidiariedad, la complementariedad y la coordinación por mandato constitucional y legal.

⁴⁵² Ob. cit., pp. 824-825.

⁴⁵³ En nuestro caso confróntense el Preámbulo de la Constitución de 1991 y sus artículos: 2º, 365 y 366.

⁴⁵⁴ Ob. cit., pp. 825-826.

quienes los administran o prestan, busca satisfacer una necesidad comunitaria. Por tanto, con Dromi, se dirá que se debe en todo caso diferenciar el *fin del servicio público* del *fin que persigue el prestador*⁴⁵⁵, y se agrega que no puede este último prevalecer sobre los fines y funciones esenciales del Estado social.

Como cierre de esta breve conceptualización acerca del servicio público nos adherimos a Dromi en cuanto se refiere a que la eficacia de la prestación o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta, se agregaría en el caso de los servicios de salud oportuna y humana, a una situación subjetiva de requerimiento en la forma, cantidad y calidad, y con los medios y recursos que resulten idóneos para la gestión. En materia de *servicio público* lo que interesa, dice el autor en cita, es cubrir la necesidad que justifica su existencia garantizando su acceso equitativo a toda la población, de modo oportuno y con costos razonables de prestación⁴⁵⁶, a fin de evitar, se diría en este trabajo, las múltiples negativas, complicaciones de salud y los llamados “muertos de la Ley 100” por falta de eficacia de la prestación de los servicios de salud.

Como principios jurídicos rectores de los servicios públicos, el autor citado señala los siguientes: accesibilidad, educación, competencia, proporcionalidad, vigencia técnica, regulación y fiscalización y protección, además de las características de tipo administrativo que identifican la prestación de los servicios públicos ya mencionadas, tales como: continuidad, regularidad y uniformidad, entre otras. Igual, como consecuencia de la posibilidad de concurrencia de actores privados en la prestación de los servicios públicos, el autor menciona que los derechos de los consumidores y usuarios han adquirido jerarquía constitucional⁴⁵⁷ y que por ello la libertad de elección, la seguridad

⁴⁵⁵ Ob. cit., p. 828.

⁴⁵⁶ Ob. cit., p. 830.

⁴⁵⁷ En Colombia se constitucionaliza tal derecho por medio del artículo 78 en el marco de los derechos colectivos y del ambiente.

individual o personal de los consumidores, la racionalidad económica del servicio, la información, el trato equitativo y digno, la educación y la calidad y eficiencia de los servicios públicos deben ser principios rectores de dicha prestación a favor de los usuarios⁴⁵⁸, en nuestro caso a favor de los titulares del derecho fundamental a la salud y de las prestaciones de salud derivadas de tal derecho en su faceta de servicio público.

Con respecto al caso colombiano, Bernal Pulido⁴⁵⁹ señala que la Constitución de 1991 recoge algunos aspectos de la concepción clásica de servicio público⁴⁶⁰ y se distancia en otros. De los aspectos que retoma la Constitución señala el del reconocimiento del Estado como principal titular de la prestación de los servicios públicos y garante de la eficiente prestación de los mismos, la posibilidad de que la prestación de los servicios públicos se realice por personas ajenas al Estado, tales como los particulares, el fortalecimiento del legislador como responsable de la definición de aquellas actividades consideradas como de interés general y la institucionalización del principio de solidaridad como uno de los pilares de la estructura constitucional de los servicios públicos. En cuanto a los aspectos de distanciamiento con el concepto clásico de servicio público, puede citarse la consideración de que el interés general no es el único elemento integrante del servicio público, y que en él coexisten otros conceptos también de rango constitucional, tales como los derechos de propiedad privada, la libre competencia, el libre acceso al mercado y la libertad de empresa, además que la “constitución económica” fundamentó la separación entre los conceptos de servicio público y de función pública⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ Cfr. Ob. cit, pp. 831 y ss.

⁴⁵⁹ Véase Bernal Pulido, Carlos. Capítulo sexto: “El Concepto de Servicio Público Domiciliario en el ordenamiento jurídico colombiano” del libro *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho. n°. 7, 2009, pp. 171 y ss.

⁴⁶⁰ En la cual el Estado ostenta el monopolio de la prestación de los servicios públicos y son ellos, su razón de ser.

⁴⁶¹ Agrega Bernal Pulido que la voluntad del constituyente fue la de someter al servicio público a las reglas de un mercado de competencia, de acuerdo con las cuales la prestación puede estar a cargo del

En ese orden de conceptualización, es contundente el artículo 49 de la Constitución Política de 1991⁴⁶² al afirmar que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado⁴⁶³. Así mismo, al determinar que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y que también es responsabilidad del Estado establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer su vigilancia y control. Igual es determinante la Constitución al señalar que la atención en salud es un servicio público⁴⁶⁴ a cargo del Estado; en consecuencia, la atención en salud debe responder a los principios y características básicas de los servicios públicos⁴⁶⁵. Por tanto, en primera instancia, debe responder a los claros mandatos de los artículos 365 y 366 de nuestra actual Constitución, toda vez que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber del mismo asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional⁴⁶⁶. Igualmente,

Estado directamente, o de comunidades organizadas y particulares, a sabiendas de que en todo caso el Estado se ha reservado las potestades de regulación, control y vigilancia de todas las prestaciones. Ob. cit., p. 177.

⁴⁶² Hoy reformado por el Acto Legislativo 02 de 2009.

⁴⁶³ En igual sentido, el artículo 48 constitucional afirma que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Igual consagra que la seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

⁴⁶⁴ Confróntese el artículo 1º Decreto 753 de 1956: “Se entiende por servicio público toda actividad organizada, encaminada a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien sea que lo preste el Estado directa o indirectamente por intermedio de los particulares”. De otra parte, Alvear Restrepo, José se refiere a los servicios públicos: “Los servicios públicos son el medio por el cual el Estado realiza los fines esenciales de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales (C. P art. 2º). Derecho de los servicios públicos. Derecho colectivo de los usuarios a servicios públicos domiciliarios. Análisis Normativo. Corporación Colectivo de Abogados. Disponible en: [http://www.colectivodeabogados.org/article.php?id_article=77].

⁴⁶⁵ Según Vidal Perdomo, pese a las teorías que han puesto en duda el valor de los elementos esenciales de la teoría del servicio público, en nuestro país está todavía llamado a desempeñar tareas relevantes para la sociedad, particularmente a favor de extensas capas sociales para las cuales los viejos fundamentos del servicio público les son de mucha utilidad para el mejoramiento de las condiciones de vida. Véase Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*, 13 ed., 1.ª reimp., Bogotá: Legis, 2009, p. 363.

⁴⁶⁶ En palabras de Paredes Hernández, la afirmación de que la atención en salud es un servicio público la sitúa de manera explícita en la esfera pública de acceso universal. Ello implica, continúa afirmando la autora citada, que, así sea prestada por el sector privado, debe regirse por los lineamientos y normas

en cuanto a que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, el objetivo fundamental de sus actividades, la solución a las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, esto nos remite, por supuesto, a los principios fundamentales consagrados en los artículos 1º⁴⁶⁷ y 2º⁴⁶⁸ de nuestra Constitución.

En breve resumen, la atención en salud, por ser inherente a la finalidad social del Estado en calidad de servicio público, se corresponde directamente con la búsqueda continua, progresiva, eficiente, equitativa y universal del mejoramiento de la calidad de vida y del bienestar de los colombianos y de los residentes en Colombia.

Como se puede deducir fácilmente de los textos constitucionales citados, los servicios públicos, en general, y el servicio público de salud, en particular, son garantizados por el Estado, pero su prestación podrá estar a cargo de entidades públicas o privadas⁴⁶⁹.

El artículo 365 de la Constitución Política de 1991 determina que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En tal sentido, el artículo 4º de la Ley 100 de

generales que corresponden al carácter de servicio público, y que por lo tanto no se puede igualar a la prestación de cualquier otro servicio comercial. Ob. cit., p. 47.

⁴⁶⁷ Declaración de nuestro Estado como un Estado social de derecho.

⁴⁶⁸ Determinación de los fines esenciales del Estado social de derecho. Concuérdese con el artículo 4º de la Ley 489 de 1998, en cuanto determina: “Finalidades de la función administrativa. La función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los

principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política.”

⁴⁶⁹ Concepción que corresponde a la definición del Estado actual como un Estado regulador.

1993 autoriza la participación de los particulares en la prestación del servicio público esencial y obligatorio de salud⁴⁷⁰.

En el mismo sentido, la Ley 10 de 1990⁴⁷¹ se refería a que la prestación de los servicios de salud, en todos los niveles, era un servicio público a cargo de la Nación. Del sistema de salud formarían parte tanto el conjunto de entidades públicas y privadas del sector salud –subsector privado, conformado por todas las entidades o personas privadas que presten servicio de salud– como las fundaciones o instituciones de utilidad común, las asociaciones y corporaciones, sin ánimo de lucro, y, en general, las personas privadas jurídicas, podrían prestar servicios de salud en los niveles de atención y grados de complejidad que autorizara el entonces Ministerio de Salud o la entidad territorial delegataria.

Por su parte, la Ley 715 de 2001⁴⁷² determinó que corresponde a la Nación la dirección del sector salud y del SGSSS en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional y el ejercicio, entre otras, de las competencias para definir, implantar y evaluar la política de prestación de servicios de salud. En ejercicio de esta facultad regulará la oferta pública y privada de servicios, estableciendo las normas para controlar su crecimiento, mecanismos para la libre elección de prestadores por parte de los usuarios y la garantía de la calidad, así como la promoción de la organización de redes de prestación de servicios de salud, entre otros. Así mismo, la Ley 100 de 1993 determinó que en lo correspondiente al servicio público de salud, éste será esencial en lo

⁴⁷⁰ “La Seguridad Social es un **servicio público obligatorio**, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas **o privadas** en los términos y condiciones establecidos en la presente ley...” (resaltos intencionales).

⁴⁷¹ Del 10 de enero de 1990. Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones. Véanse artículos 1º, 4º, 5º y 7º de la citada ley.

⁴⁷² Del 21 de diciembre de 2001. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros. Véase Título III. Sector Salud. Capítulo I. Competencias de la Nación en el Sector Salud. Artículo 42.14. Competencias en Salud por parte de la Nación de la Ley 715 de 2001.

relacionado con el SGSSS⁴⁷³. Por tanto, los servicios de atención en salud, en su calidad de servicio público esencial, se encuentran cobijados por los objetivos, fines y principios de los servicios públicos en general, y de los servicios públicos esenciales en particular.

En efecto, por su calidad de servicio público esencial, los servicios de atención en salud responden a las características básicas de tales servicios, a saber: universalidad, continuidad del servicio, reglamentación, integralidad y calidad. Al respecto, la Resolución 1240 de 2002⁴⁷⁴ precisó que los integrantes del SGSSS definidos por el artículo 155 de la Ley 100 de 1993 desarrollan un servicio público esencial. En consecuencia, deben actuar conforme a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones⁴⁷⁵. Como servicio público esencial, básicamente en los servicios

⁴⁷³ Artículos 4º, 156, a) y 157 de la Ley 100 de 1993. Decreto 4444 de 2006. En el mismo sentido, se refiere el artículo 2º de la Ley 269 de 1996, por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público, al determinar “Garantía de Prestación del Servicio Público de Salud. Corresponde al Estado garantizar **la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio**, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público” (resaltado intencional). Con relación al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el Decreto 1795 de 2000 determina en su artículo 2º: “Definición de Sanidad Militar y Policial. Para los efectos del presente Decreto se define **la sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial**, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios” (resaltado fuera de texto).

⁴⁷⁴ Véase el artículo Primero. Resolución del entonces Ministerio de Salud, del 27 de septiembre, Por la cual se recuerda el cumplimiento de algunos deberes de los integrantes del SGSSS como servicio público esencial.

⁴⁷⁵ Concuérdese con el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y el artículo 3º de la Ley 489 de 1998. Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Los cuales determina como principios de la función administrativa: “La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen”.

de atención de urgencias, en comienzo, no se garantiza el derecho a la huelga⁴⁷⁶.

De otra parte, la propia Ley 100 de 1993⁴⁷⁷ y sus decretos reglamentarios realizan una especial reglamentación del servicio público esencial de salud, en lo concerniente a los propios fundamentos y reglas rectoras del servicio público de salud y de la intervención del Estado, de ellas se resalta la equidad, la obligatoriedad, la protección integral, la libre escogencia, la autonomía de las instituciones, la descentralización administrativa, la participación social, la concertación, la calidad, la ampliación progresiva de la cobertura, destinación específica de los recursos de salud, asignación prioritaria del gasto público para el servicio público de seguridad social en salud, como parte fundamental del gasto público social y la gratuidad de la atención básica en salud.

Queda entonces claramente establecido, desde la Constitución Política y de las leyes referidas, que el derecho a la salud en su faceta de servicio público es un servicio público esencial, servicio garantizado, controlado y vigilado por el

⁴⁷⁶ Confróntese el artículo 56 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 1º del Decreto 753 de 1956, que estipula: “Prohibición de huelga en los servicios públicos. De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos. Para este efecto se considera como servicio público toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas. Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades: [...] c) Las de establecimientos sanitarios de toda clase, tales como hospitales y clínicas. Así mismo el artículo 450 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 65 de la Ley 50 de 1990, determina: Casos de ilegalidad y sanciones. 1. La suspensión colectiva del trabajo es ilegal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando se trate de un servicio público...”. Sin embargo, el tema fue matizado por el Consejo de Estado, Sección Segunda, al señalar en la Sentencia 3768 de octubre 11 de 2007, Consejero Ponente. Gustavo Gómez Aranguren, p. 19; que “Por lo anterior, la Sala estima que la posibilidad que consagra el artículo 379 literal e) del Código Sustantivo del Trabajo para declarar el cese de actividades en caso de incumplimiento de las obligaciones del empleador, tiene plena aplicación en casos como el que se examina, pese al carácter esencial del servicio. Una conclusión diferente significaría colocar a los servidores en situación de realizar conductas imposibles y lesivas de los más elementales principios que atañen a la dignidad humana y a su propia supervivencia, y lo que resulta de mayor trascendencia aun, cohonestar con el ejercicio de una potestad jurídica del Estado que riñe con los principios de legalidad y moralidad de la función pública que desde luego integran el escenario dentro del que debe ejercerse la actividad administrativa.”

⁴⁷⁷ Véanse los artículos 153 y 154 de la Ley 100 de 1993.

Estado. Este puede ser prestado en concurrencia por entidades públicas o privadas debidamente autorizadas por la Supersalud en el caso de las EPS⁴⁷⁸ o del MPS para el caso de las IPS⁴⁷⁹, bajo la inspección, vigilancia y control de la Supersalud⁴⁸⁰. Según esta premisa, se analizarán a continuación las sentencias referentes a la constitucionalidad o no del SGSSS o del propio régimen contributivo.

- **Sobre los servicios públicos en general.** Como sentencia preliminar al tema que nos ocupa y que abordó de manera general el tema de los servicios públicos en relación con la configuración legislativa de los mismos, por ende de los servicios públicos de salud, podemos citar la Sentencia C-263 de 1996⁴⁸¹. Esta reafirmó que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, es responsabilidad de este asegurar su funcionamiento continuo, permanente y eficiente. Su gestión, entendida como la prestación del servicio, puede ser directa o indirecta del Estado, o también por comunidades organizadas y aun por particulares, lo cual es consecuencia de la concepción del Estado social de derecho que permite la penetración de la sociedad en su actividad. La competencia para la regulación de los servicios públicos se concede por la Constitución a la ley.

- **Sobre el Sistema de Seguridad Social Integral.** En cuanto al tema de la seguridad social integral en general es importante anotar algunas consideraciones de la Sentencia C-542 de 1998⁴⁸². En efecto, esta reiteró como un fin destacado del Estado social de derecho la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los derechos y deberes constitucionales, entre ellos la prestación de una seguridad social integral en su

⁴⁷⁸ Véase el literal j) del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007.

⁴⁷⁹ Véase el literal a) del artículo 25 de la Ley 1122 de 2007.

⁴⁸⁰ Véanse los artículos 35 y siguientes de la Ley 1122 de 2007.

⁴⁸¹ M. P. Antonio Barrera Carbonell, p. 17.

⁴⁸² M. P. Hernando Herrera Vergara, p. 8.

calidad de servicio público inherente a la finalidad social del Estado. En el mismo sentido se refiere al servicio de la salud, ambos regulados por la ley bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y prestados por entidades públicas o privadas, dentro de tales criterios y principios. En consecuencia, al declarar exequible el artículo 187 de la Ley 100 de 1993, salvo su inciso 2º, reiteró la facultad que tiene el legislador para señalar el régimen jurídico del servicio público obligatorio de la seguridad social y de la atención en salud, con sujeción a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad.

- **Sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud.** La Sentencia C-1489 de 2000⁴⁸³, por la cual se declararon exequibles los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993, pero sólo respecto de los cargos formulados por el actor, señaló con relación a la intervención de particulares, en la prestación de los servicios de salud y en la administración de los mismos, que es al legislador a quien compete regular el servicio público de salud y determinar cuáles entidades del sector público o privado pueden prestarlo. En ese sentido recalcó la amplia configuración legal que la Constitución le confirió al Congreso para definir el alcance del derecho a la salud y concretar los mecanismos institucionales y los procedimientos para su realización efectiva, toda vez que la Constitución no opta por un sistema de salud de carácter estrictamente público ni por un sistema privado sino que defiere al Congreso la toma de esas decisiones políticas. De hecho, los artículos 48 y 49 constitucionales permiten la prestación de los servicios de salud por entidades públicas o privadas. No obstante, la libertad de configuración no es absoluta, ya que cualquier legislación al respecto debe considerar el carácter de irrenunciabilidad y obligatoriedad del derecho a la salud como los principios constitucionales que lo rigen.

⁴⁸³ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 26.

En igual sentido, la Sentencia C-616 de 2001⁴⁸⁴, que declaró la exequibilidad de los artículos 157, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, fue determinante al afirmar que corresponde al Estado la organización del sistema integral de salud con fundamento en los principios constitucionales de eficacia, universalidad y solidaridad. La prestación de los servicios de salud se hará en los términos y condiciones que defina la ley. Dentro del marco constitucional el legislador puede recurrir a distintos modelos o diseños para concretar estos derechos prestacionales en un determinado sistema de seguridad social. Las cláusulas de la Constitución que establecen el deber del Estado de proporcionar a los ciudadanos un servicio eficiente de salud son normas abiertas que permiten distintos desarrollos por parte del legislador, en razón al pluralismo político y al libre juego democrático que caracteriza al Estado constitucional⁴⁸⁵.

- **Sobre el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.** En su momento la Sentencia C-130 de 2002⁴⁸⁶ expresó que el principio de igualdad no comporta la identidad numérica, por tanto, expresa la sentencia que el legislador puede y debe, en defensa del mismo principio, hacer distinciones entre supuestos o situaciones que en realidad requieren ser tratados en forma diferente debido a la relevancia de circunstancias fácticas. Por ello, en el sistema de seguridad en salud existen dos regímenes, basados en un criterio predominante, mas no único, como la capacidad de pago. Distinción que, según la Corte, también incide en las diferentes fuentes de financiación de uno u otro régimen. La vigencia de un esquema, así diseñado, permite la participación de la sociedad en los cometidos sociales de orden social y facilita la realización material de un orden justo, basado en el respeto

⁴⁸⁴ M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 29 y ss.

⁴⁸⁵ En reiteración de los conceptos referidos, se pueden citar, entre otras, las sentencias C-130 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, pp. 24 y ss.; la C-615 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 17 y ss.; la C-974 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 16 y ss.; la C-898 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 14 y ss.; la C-130 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 14 y ss.; la C-623 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 23 y ss.; la C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 73 y ss.; la C-260 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 13 y ss.

⁴⁸⁶ M. P. Jaime Araújo Rentería, pp. 26 y ss.

de la dignidad humana, mediante la efectividad del compromiso solidario por parte de todos, en un país que, según la sentencia, tiene limitaciones económicas y donde la carga de su financiación no puede ser exclusivamente estatal⁴⁸⁷.

Finalmente, y a manera de resumen, ya que la mayoría de las sentencias citadas se refieren al tema de la existencia de dos regímenes en salud y acerca de la participación de particulares en el SGSSS, la Sentencia C-675 de 2008⁴⁸⁸ insiste en que, en ejercicio de su potestad de configuración, el legislador diseñó un sistema de aseguramiento en el cual concurren el sector privado y el sector público, que se caracteriza por la amplia facultad del Estado de regular la participación del sector privado en el SGSSS a través de su competencia para intervenir en la economía, a la vez que los particulares tienen la garantía de su libertad de empresa en la participación de la prestación del servicio de salud, aun cuando éste no es un derecho absoluto, y se inscribe dentro del marco constitucional, esencialmente orientado a garantizar el derecho a la salud de todos.

De las sentencias referidas, podría afirmarse que el actual SSSI creado por la Ley 100 de 1993 y el propio SGSSS, creado por la misma Ley 100 y reformado por la Ley 1122 de 2007, son ajustados y acordes con los preceptos constitucionales que delegan en el legislador una amplia potestad de configuración del modelo o modelos de aseguramiento en salud, con la

⁴⁸⁷ La sentencia en cita se refiere: “Como se puede observar, la capacidad de pago se convierte así en un aspecto relevante que justifica plenamente la existencia de distintos regímenes y mal haría el legislador en desconocer esta situación frente a una realidad social evidente: la capacidad económica de los afiliados a uno y otro. El sistema contributivo está edificado y estructurado sobre la base del recaudo de unos recursos (aportes o cotizaciones) que hacen los afiliados al mismo, mientras que en el régimen subsidiado ellos no existen, porque las personas que pertenecen a él carecen precisamente de recursos económicos para contribuir. Esta la razón para que la ley hubiera establecido distintas fuentes de financiación, administración y manejo de tales regímenes.”

⁴⁸⁸ M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 45 y ss. La Sentencia C-675 de 2008 determinó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-260 de 2008, que declaró exequible la expresión “dentro de los cinco días posteriores a su presentación”, contenida en el artículo 13, literal d de la Ley 1122 de 2007 y declaró exequible el literal d del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, por los cargos estudiados en esta sentencia.

participación de particulares en su administración y prestación de los servicios de salud.

Modelo en el cual *prima facie* se respetan los derechos de libertad económica, libertad de empresa y libre competencia de los particulares, EPS e IPS que intervienen en el modelo actual. No obstante, y debido al tipo de derecho involucrado y al tipo de servicio público en cuestión, la jurisprudencia ha sido determinante en reiterar que el Estado tiene una amplia facultad de intervención y regulación de la actividad económica y de servicios de los particulares en el marco del SGSSS, que puede tener una gran intensidad, pero que no puede ser tan alta que haga nugatorias las libertades económicas de las entidades particulares involucradas, o que sea desproporcionada o que no sea idónea; por supuesto, que sea legítima.

En ese contexto, el actual SGSSS, como tal, sería constitucional, ya que responde a los propósitos y objetivos constitucionales, pretende el logro de los más altos niveles de universalidad, solidaridad y eficiencia, se encuentra organizado en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. En efecto, ambas leyes, la 100 y la 1122, retoman en sus articulados los principios constitucionales de la búsqueda de la universalidad⁴⁸⁹, solidaridad⁴⁹⁰ y eficiencia⁴⁹¹ y crean mecanismos de participación de los diferentes actores, en especial de los usuarios en la gestión,

⁴⁸⁹ Ver artículos 2º, 152, 153, 154, 156, 157, 159, 162, 163, 165 y 168, entre otros, de la Ley 100 de 1993 y artículos 1, 14, 32 y siguientes de la Ley 1122 de 2007.

⁴⁹⁰ Confróntese, entre otros, los artículos 2, 153, 154, 156, 157, 158, 159, 162, 166, 167, 168, 211 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y artículos 1º, 11, 14 y 37, entre otros, de la Ley 1122 de 2007.

⁴⁹¹ Véase, entre otros muchos, los artículos 2º, 152, 153, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 170 y siguientes, 177 y siguientes, 185 y siguientes, 198 y siguientes, 225 y siguientes de la Ley 100 de 1993 y artículos 1º, 2º y siguientes, 14 y siguientes, 25 y siguientes, 32 y siguientes, 35 y siguientes y 44, de la Ley 1122 de 2007, entre otros.

control y vigilancia del sistema⁴⁹², por tanto se ajustan a los preceptos constitucionales de los artículos 48 y 49, respectivamente.

La creación de dos regímenes diferentes tampoco resulta ser violatoria de la Constitución, por el contrario, se desprende de la materialización de la igualdad real, ya que la distinta situación material en que se encuentran las personas que deben afiliarse al régimen contributivo frente a las que deben hacerlo al régimen subsidiado, en palabras de la Corte Constitucional⁴⁹³, justifica plenamente la creación de los dos regímenes, establecida por el legislador, pues los primeros contribuyen al sistema por tener capacidad de pago para aportar, mientras que los segundos están exentos de ese deber por carecer de medios económicos para hacerlo. Con ello se está de acuerdo, pero se difiere en cuanto la existencia, aun en la actualidad, de dos POS con contenidos diferentes. Diferencia que vulnera los principios de progresividad, integralidad y equidad antes señalados.

Así, desde la visión normativa, es claro también que la existencia de administradoras particulares del régimen contributivo en el marco del SGSSS tampoco viola la normativa constitucional, ya que, como lo refirió, entre otras, la Sentencia C-1489 de 2000⁴⁹⁴, finalmente la creación de entidades intermediarias como las EPS, tanto del régimen contributivo como del régimen subsidiado hacen parte de la libertad de configuración del legislador. Según la citada sentencia, el legislador tiene una amplia discrecionalidad para definir cuáles son los distintos entes –públicos o privados– que integran el régimen de seguridad social en salud. También determina la referida sentencia que la Constitución no sólo autoriza la presencia de actores privados en la prestación

⁴⁹² Véase en especial el Decreto 1757 de 1994, por el cual se organizan y establecen las modalidades y formas de participación social en la prestación de servicios de salud, conforme a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 4º del Decreto Ley 1298 de 1994, aclarado por el Decreto 1616 de 1995.

⁴⁹³ Ver Sentencia C-130 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, pp. 14 y ss.

⁴⁹⁴ M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 34 y ss. Ver también las sentencias SU-480 de 1997, pp. 7 y ss.; la C-177 de 1998, pp. 30 y ss.; la C-130 de 2004, pp. 14 y ss.

directa del servicio médico sino que también permite su presencia en los demás componentes del SGSSS⁴⁹⁵.

Ahora bien, si partimos de que tanto el sistema de SSSI como el SGSSS están acordes con los preceptos constitucionales, nos podríamos hacer las siguientes preguntas: el SGSSS, pese a estar de acuerdo con los preceptos constitucionales, ¿es en la realidad eficiente, es efectivo, ha funcionado? ¿Es conveniente para los colombianos? ¿Ha contribuido realmente a la mejoría de la salud pública y privada de los colombianos, ha llegado realmente a toda la población, la población ha podido efectivamente participar en la gestión, vigilancia y control del sistema? ¿Bajo el actual SGSSS, el derecho a la salud realmente es un derecho o, por el contrario, la salud se ha convertido en un negocio, la persona en un cliente y los servicios de salud en productos o servicios meramente mercantiles? Cada una de dichas preguntas podría ser parte de otro tipo de trabajo de investigación. Cada una de ellas, o en su conjunto, material para otra tesis. Su respuesta positiva o negativa no hace parte del presente trabajo ni parte del objeto de estudio de esta investigación, por ello las dejamos sólo expresadas por pertenecer al terreno de lo fáctico, de los hechos y quizá más al terreno de estudios sociológicos o socio-jurídicos.

Reseña de otros países. Finalmente, haciendo referencia a los países arriba reseñados, podemos citar el caso de Chile donde existe el denominado Plan AUGE que instruye los sistemas de salud público y privado, para dar atención

⁴⁹⁵ Al respecto, la sentencia en comento, citando la sentencia C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz se refiere: “... En efecto, la Constitución habla globalmente de la prestación del servicio de salud por particulares o por entidades públicas (C. P. arts. 48 y 49), y es claro que por prestación del servicio de salud o de seguridad social en salud no puede entenderse únicamente la realización del acto médico sino también la ejecución de todos aquellos otros aspectos de prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, que hacen posible y eficiente la acción directa de los profesionales de la salud. En tal contexto, en ninguna parte la Carta prohíbe que la administración del subsidio, la afiliación de los usuarios y las labores de promoción, que son tareas básicas de las ARS en el RS, deban ser desempeñadas por entidades públicas. Por ello esta Corte había señalado que la Carta establece con claridad el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social, por lo cual, sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, corresponde al Estado, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.”

prioritaria a un grupo de patologías específicas⁴⁹⁶, determinadas por su alto y frecuente impacto en la salud del pueblo chileno. Estos beneficios corresponden a las GES (Garantías Explícitas de Salud) que aseguran, respecto a tales patologías, el acceso a la atención médica, como también a un máximo de copago por parte del beneficiario. Existe un fondo solidario que canaliza la financiación y gastos del AUGE. Se financia con las cotizaciones tanto de FONASA como de las ISAPRE, además de los aportes del fisco, entre otros. Es de notar que cada ISAPRE puede ofrecer un plan de salud diferente, acceder o negar la afiliación y puede imponer restricciones de cobertura de enfermedades preexistentes o embarazos en curso al momento de la declaración de salud.

En el caso de México, la Ley del Seguro Social determina dentro del Seguro de Enfermedades y Maternidad a quiénes ampara, incluyendo el grupo familiar del asegurado o del pensionado. El Instituto Mexicano del Seguro Social es el responsable de las prestaciones derivadas de la enfermedad no profesional y de la maternidad⁴⁹⁷. En relación con los servidores públicos del Estado de México y Municipios, la respectiva Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios determina en su artículo 11⁴⁹⁸ las prestaciones obligatorias en lo relacionado con los servicios de salud, prestaciones que están a cargo del Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios. A los afiliados al Seguro Popular de Salud se les garantiza los servicios incluidos en el Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES)⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Ley 19.966 de 2003. El Plan AUGE se puso en marcha en Chile el 1 de abril de 2005 como proyecto piloto. Hoy cuenta con 56 patologías.

⁴⁹⁷ Véase artículo 91 y siguientes de la Ley del Seguro Social.

⁴⁹⁸ Véase en concordancia el artículo 46 y siguientes de la Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios que determina: El objetivo fundamental de los servicios de salud es proveer prestaciones tendientes a la promoción, educación, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, con un enfoque preventivo, de corresponsabilidad, de calidad, de eficiencia y calidez.

⁴⁹⁹ Garantizadas por la Secretaría de Salud a través de los correspondientes centros de salud.

En lo referente a España, en el marco del Sistema Nacional de Salud⁵⁰⁰ se estipula que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades⁵⁰¹. Establece además que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional. En cuanto a los derechos de los españoles y residentes en España con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias se encuentran consagrados en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad. Así mismo, las actuaciones sanitarias del Sistema están estipuladas a partir del artículo 18 de dicha ley. Por tanto, los derechos a la protección de la salud como la atención sanitaria son de carácter universal e integral.

⁵⁰⁰ Véase la Ley General de Sanidad. Ley 14 de 1986.

⁵⁰¹ Según el artículo 15.1 Ley 14 de 1986, Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen derecho, en el marco de su área de salud, a ser atendidos en los servicios especializados hospitalarios.

SEGUNDA PARTE

COLISIONES ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

Una vez establecidos los contenidos del derecho fundamental a la salud y del derecho a la libertad económica, así como su concurrencia constitucional y legal en el diseño y estructura del SSSI, en especial del SGSSS, se da paso al análisis de las colisiones que se han presentando entre los dos derechos citados en el marco del SGSSS. En muchas de dichas colisiones parece ser que la libertad económica ha prevalecido sobre el propio derecho fundamental a la salud y es posible que tal prevalencia sea una importante razón para que la protección del derecho fundamental a la salud se torne ineficaz.

En consecuencia, se tratará de dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Cuáles son las colisiones presentadas en forma más frecuente entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica en Colombia? ¿En las colisiones presentadas entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica ha prevalecido el de la libertad económica sobre el de salud? En caso de que el derecho a la libertad económica haya prevalecido sobre el derecho fundamental de salud en las colisiones entre ambos derechos, ¿es una razón para que la protección del derecho fundamental de la salud haya sido ineficaz?

Como ordenamiento jurídico para efectos de la presente investigación se tomará la expresión el imperio de la ley⁵⁰² en sentido amplio, en cuanto concibe el sistema jurídico colombiano conformado por la Constitución como norma de normas, las leyes en sentido formal, los decretos con fuerza de ley y los

⁵⁰² Véase el artículo 230 de la Constitución Política de 1991.

decretos ordinarios, los actos administrativos de entidades del orden nacional y la jurisprudencia⁵⁰³. En este caso la conformada por las sentencias de constitucionalidad, las de unificación y las de revisión de tutela desde la vigencia del SGSSS hasta el 2008, inclusive. En general, las sentencias serán analizadas en orden cronológico a fin de mostrar la evolución de las posturas jurisprudenciales sobre los temas analizados. No se trata, entonces, de estructurar líneas jurisprudenciales, por ello, igual que en la primera parte de este trabajo, no se aplicará el método propuesto por Diego López. Precisamente en el tema de las sentencias de la Corte Constitucional se abordará en cada capítulo, adicionando, en lo pertinente, las referencias y análisis realizado de las mismas en la parte primera de este trabajo.

⁵⁰³ Entiéndase aquí la jurisprudencia como una verdadera fuente de derecho. Véase Blanco Zúñiga. Ob. cit., p. 217.

4. COLISIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

No pocas veces derechos de origen constitucional se ven enfrentados en relación directa en eventos de decisión judicial. En efecto, en el ámbito de la salud en general, no pocas veces los altos tribunales, en especial la Corte Constitucional, han tenido que decidir sobre la primacía o aplicación preferente entre varios derechos constitucionales en colisión. Una frecuente colisión de derechos se ha dado entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica, especialmente en el marco de las regulaciones del SSSI, en su componente de SGSSS.

Por ser una colisión inherente a la estructura del propio SGSSS, toda vez que el derecho fundamental a la salud, en su faceta de servicio público, permite la concurrencia en su prestación de actores públicos y privados⁵⁰⁴. Esto crea de por sí una relación de tensión entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica, es decir, entre una racionalidad social y una racionalidad de tipo económico. Por ello, entonces, se tratará de responder en este capítulo las siguientes preguntas: dentro del modelo económico del SGSSS, ¿cuáles han sido los principales temas de confrontación o colisión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad económica? ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia constitucional tales colisiones? ¿Por qué se ha desarrollado o restringido el derecho a la libertad económica en lo relacionado con las EPS y las IPS del régimen contributivo? Con el fin de responder a los interrogantes planteados, se hará un análisis desde la jurisprudencia constitucional de los temas principales en los cuales se han confrontado los derechos referidos y lo mismo del desarrollo o restricción del derecho a la libertad económica con base en las situaciones antes estudiadas.

⁵⁰⁴ Confróntese el artículo 49 de la Constitución de 1991.

4.1 PRINCIPALES TEMAS DE CONFRONTACIÓN O DE COLISIÓN ENTRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y EL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA. UNA MIRADA DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Desde la propia normativa constitucional se expresan y establecen claros límites a las EPS y de las IPS desde su propia condición de empresas privadas y en su específica calidad de entidades integrantes del SSSI en su componente de SGSSS. Estos límites pueden sintetizarse en la circunscripción de las actividades de tales empresas en términos generales a la órbita del bien común, responsabilidades y obligaciones derivadas de su función social, esencialidad de los servicios públicos que administran y prestan, calidad y eficiencia en su prestación, restricción de creación de monopolios y oligopolios, prohibición de abuso de su posición dominante en el mercado nacional. En similares términos la normativa legal y reglamentaria⁵⁰⁵ contempla claras restricciones y responsabilidades a EPS e IPS en aras de asegurar calidad en la prestación de los servicios de salud y a fin de evitar el abuso de posiciones dominantes en los mercados de los servicios de salud⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Desde la visión macroeconómica, la libertad de empresa, de libre competencia y de libertad económica en general, en lo relacionado con este tipo de empresas, ha sido regulada claramente en diferentes normas. Entre otras véanse las siguientes: Ley 155 de 1959, Código de Comercio, Ley 256 de 1996, Ley 178 de 1994 y Ley 1340 de 2005. Así mismo, los Decretos 3307 de 1963, 410 de 1971, y el 2153 de 1992. También véase la Decisión 608 de 2005 de la Comisión de la Comunidad Andina, adoptada en Lima, Perú, el 29 de marzo de 2005, artículos 7º y 9º. Téngase en cuenta que a las IPS no se les aplica la Ley 1116 de 2006. Otras normas que regulan en forma macro el SGSSS se destacan las siguientes: Ley 715 de 2007, Ley 1151 de 2007, la propia Ley 1122 de 2007, el Decreto 1281 de 2002, en cuanto creó el Sistema Integral de Información del Sector Salud (en adelante el: SIIS) y el Decreto 1011 de 2006, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS (en adelante el: SOGCS), el Decreto 4747 de 2007 y la Resolución 3047 de 2008 por los cuales se regulan las relaciones entre IPS y entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo. De especial importancia es el Decreto 1663 de 1994 en cuanto define claras reglas de prohibición a las conductas y acuerdos contrarios a la libre competencia en los mercados de los servicios de salud.

⁵⁰⁶ Son restricciones específicas para las EPS, entre otras, la prohibición de realizar acuerdos o convenios, así como las prácticas y decisiones concertadas que, directa o indirectamente, tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la libre escogencia dentro del SGSSS. También la prohibición de no realizar acuerdos o convenios entre IPS, entre asociaciones o sociedades científicas, y de profesionales o auxiliares del sector salud, o al interior de cualquiera de los anteriores, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de servicios de salud, o

No obstante las limitaciones y restricciones de las cuales son objeto las EPS e IPS, son frecuentes las confrontaciones y colisiones entre el derecho fundamental a la salud, objeto finalístico del Sistema, y la libertad económica, objeto finalístico de las empresas privadas.

Para tratar de dar una respuesta a los interrogantes planteados al inicio de este capítulo se han seleccionado puntos específicos o temas de colisión, de frecuente suceso y análisis en la jurisprudencia constitucional, desde la entrada en vigencia del SGSSS hasta el año 2008, inclusive, que tienen que ver directa o indirectamente con el POSC. Igualmente, como punto de referencia y de equilibrio conceptual se hará, al final de este apartado, breve referencia a la posición general de las EPS sobre su percepción acerca de los temas de colisión aquí detallados, posición que ha sido normalmente consignada en los memoriales de respuesta o de impugnación ante las respectivas acciones de tutela interpuestas en cada tema en particular o en las acciones de inconstitucionalidad respectivas.

Los principales temas de confrontación seleccionados son: sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones, integración vertical patrimonial, independencia técnica y administrativa, contenido del POSC, cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización, mora en el pago de aportes y cotizaciones, reconocimiento y pago de licencias de maternidad, reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional, y planes adicionales de salud-preexistencias.

Como postura inicial se afirmará que la gran mayoría de los conflictos o colisiones presentados se derivan de: (i) la necesidad de las personas de

impedir, restringir o interrumpir la prestación de los servicios de salud. Así mismo, la prohibición de terminar en forma unilateral la relación contractual con sus afiliados, y la de negar la afiliación a quien desee ingresar al régimen, siempre y cuando garantice el pago de la cotización o del subsidio correspondiente, salvo los casos excepcionales por abuso o mala fe del usuario.

acceder a servicios de salud no incluidos en POSC. (ii) No obstante estar incluidos en el POSC, son requeridos sin el cumplimiento previo de las semanas de cotización establecidas para la atención de alta complejidad terapéutica. (iii) Aun cumpliendo los requisitos de semanas de cotización para las enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas, o para el caso de las enfermedades generales, el usuario no tiene cómo pagar las sumas correspondientes a las cuotas moderadoras o a los respectivos copagos. (iv) También es posible que por mora por parte del empleador o del propio afiliado independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al Sistema a través de la respectiva EPS, no sea atendido o no se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad no profesional que se le haya prescrito. (v) También es posible que por mora por parte del empleador o de la propia afiliada independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al sistema a través de la respectiva EPS no se haya reconocido ni pagado la respectiva licencia por maternidad. (vi) Así mismo, se ha presentado la colisión cuando los servicios, actividades o procedimientos han sido prescritos por médicos no adscritos a la EPS⁵⁰⁷. (vii) De otra parte, ha existido frecuente conflicto entre las empresas oferentes de PAS, en especial de los relacionados con los planes de medicina prepagada, en lo concerniente a la estipulación contractual de las preexistencias⁵⁰⁸. En el nivel macro del SGSSS se ha presentado colisión entre la posibilidad empresarial de contratar por parte de las EPS con sus propias IPS y la limitación legal, precisamente a la llamada integración vertical patrimonial.

En lo general se puede observar cómo la gran controversia y la especial colisión entre los derechos en análisis se da en el marco de la problemática derivada del equilibrio financiero del Sistema, del equilibrio financiero de las EPS e IPS en el

⁵⁰⁷ En lo relacionado con la actividad de los Comités Técnicos Científicos (en adelante: CTC) se han dado colisiones entre sus decisiones y las prescripciones emanadas de los médicos tratantes.

⁵⁰⁸ Por ende, se presenta controversia en cuanto al reconocimiento de servicios, procedimientos y demás derivados de las estipulaciones plasmadas en dichos PAS.

contexto de dos presupuestos: recursos escasos y de una infinita demanda de servicios de salud⁵⁰⁹. A continuación se pasará entonces al análisis de tales escenarios de confrontación en los temas analizados y de la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional al respecto.

- Sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones. El SGSSS está basado en el equilibrio financiero tanto del sistema como de las entidades e instituciones que en él participan⁵¹⁰. Precisamente los requerimientos de reconocimiento y autorización de servicios de salud por parte de los afiliados y beneficiarios a las EPS y de los servicios a las IPS, en no pocas veces han provocado choques frontales entre los derechos en análisis. De tal manera, la misma normativa sancionatoria vigente ha propiciado colisiones entre tales derechos. Caso concreto, el relacionado con la Ley 1122 de 2007.

El tema de la sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las EPS e IPS ha estado ligado muy estrechamente a otros temas tales como el contenido de POSC, las exclusiones, los periodos mínimos de cotización, las cuotas moderadoras y los copagos, las mismas incapacidades y la integración vertical, entre otras. Estos temas se analizarán en forma independiente y se hará una reseña de algunas sentencias que desde muy temprano, en especial en sede de tutela, se refieren al tema de la sostenibilidad económica y al equilibrio

⁵⁰⁹ Sobre estos dos presupuestos se han dado actualmente grandes debates en pro y en contra de la veracidad de los mismos.

⁵¹⁰ Es claro que el modelo financiero del SGSSS opera basado en la UPC. La UPC es, en palabras de Jaramillo, una cuota de valor anual que permite distribuir el valor de las cotizaciones para financiar el costo de la protección de la salud por igual a todos los afiliados según el criterio de equidad. Las EPS recaudan, por delegación del Fosyga, las contribuciones de los afiliados, y de su valor deben deducir las UPC a que tengan derecho según sea el número de sus usuarios, su sexo y su grupo étnico, más una pequeña cuota per cápita para garantizar programas de prevención y promoción. El modelo financiero mediante el sistema de unidades de pago por capitación, dice el autor referido, pretende estimular o inducir una economía de costos en la administración del POS por parte de las EPS, por tanto cada EPS debe escoger cuál de los modelos posibles le produce un mayor ahorro en los costos sin desproteger la salud y sin limitar excesivamente la cantidad de servicios o calidad. Cfr. Jaramillo Pérez, Iván. *El futuro de la salud en Colombia*. 4ª ed., Bogotá: Fescol. Fundación Corona, 1999, pp. 160-161.

financiero de las EPS, no sin antes afirmar que la postura general de la Corte Constitucional es la de proteger el equilibrio financiero del sistema y la sostenibilidad económica de las entidades.

Precisamente la Sentencia SU-819 de 1999⁵¹¹ consideró que las EPS, según la Ley 100 de 1993, sólo están obligadas a garantizar los servicios de salud en términos de la normativa vigente. Por tanto, se debe asegurar que haya una razonable equivalencia entre cargas y ventajas para las partes. Se reconoce que en la relación Estado-EPS el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo establecido y estipulado implique el derecho al mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. Lo cual llevaría a la posibilidad de la entidad de repetir contra el Estado-Fosyga el valor de los procedimientos y medicamentos que deban ser suministrados por fuera del POS, con el correlativo derecho a exigir el reembolso de tales sumas. Postura que recobró su vigencia ante la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 508 de 1999.

Con relación al equilibrio económico del sistema y a las cargas económicas para las entidades, en casos de traslado de EPS de pacientes que están siendo sometidos a tratamientos por enfermedades de alto costo, la Sentencia T-010 de 2004⁵¹² consideró que no obstante reconocer el derecho a escoger

⁵¹¹ M. P. Álvaro Tafur Galvis, pp. 24 y ss. La sentencia en referencia se dio en el marco de la vigencia de la Ley 508 de 1999, que posteriormente fue declarada inexecutable por vicios de forma por la Sentencia C-557 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 86. Por ende las consideraciones de la sentencia SU-819 se basan principalmente en los términos de dicha ley. Véase la Sentencia T-597 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 19.

⁵¹² M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 20.

libremente una nueva EPS por mala prestación del servicio en la que se encontraba el afiliado, esto supone un costo para el equilibrio del sistema, ya que la nueva EPS tendrá que asumir el tratamiento de alto costo, pese a que fue la anterior EPS que debió financiar el tratamiento porque ella recibió a lo largo de los años los aportes que realizó el afiliado. En consecuencia, la Sala consideró que la orden por impartir no podía consistir, únicamente, en imponer una carga económica para una entidad debido a que garantizaba bien el servicio, con la correspondiente descarga económica para la otra entidad, debido a que no garantizaba un buen servicio. Expresa la sentencia que los entes reguladores han expedido normas con un doble propósito: por una parte, asegurar que los pacientes sometidos a tratamientos de alto costo reciban una atención médica de calidad, permanente y oportuna, y por otra, asegurar que los costos de dichos tratamientos se distribuyan razonable y equitativamente entre las diferentes entidades garantes de la prestación del servicio.

Por tanto, la sentencia decidió aplicar la regulación que, siendo respetuosa de los derechos de las personas, está orientada a asegurar la eficiencia y la sostenibilidad del Sistema, y a aliviar la elevada carga que corresponde a la nueva EPS⁵¹³.

La Sentencia SU-480 de 1997⁵¹⁴ señaló que se debe admitir que al delegarse la prestación del servicio de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado, pero esto no excluye que la entidad aspire a obtener una legítima ganancia, ya que así está diseñado el Sistema, pero advirtió que lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni

⁵¹³ La Sala de Revisión dispuso que la EPS receptora podía recuperar de la EPS en donde estaba el actor el monto que corresponda, a título de cofinanciación del tratamiento respectivo, según lo establecido por el Acuerdo 245 de 2003. De la misma forma, se ordenó al MPS que indicase a la EPS receptora, específicamente, el porcentaje del costo del tratamiento que debe asumir la EPS de donde proviene el accionante, así como el procedimiento que se seguirá para el cobro, si no lo ha hecho de manera general, p. 21.

⁵¹⁴ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 29.

mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al SGSSS, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del SGSSS, ni al equilibrio financiero de las entidades que participan en el sistema. Por ello es vital para la efectividad del derecho a la salud mantener la ecuación o equilibrio financiero del contrato⁵¹⁵ y asegurar el funcionamiento eficiente de tal Sistema.

Con respecto a los costos asumidos por las EPS, con base en medicamentos, tratamientos, procedimientos y demás servicios no contemplados en el POSC que han sido ordenados por vía judicial, múltiples han sido los fallos que han determinado que tales entidades puedan repetir en contra del Fosyga. De tal forma que se preserve el equilibrio financiero del sistema, de las entidades accionadas y se respeten las cargas y responsabilidades derivadas del contrato entre dichas entidades y el Estado como garante del derecho fundamental a la salud. Al respecto podemos hacer un breve recorrido por las diferentes posiciones jurisprudenciales, así la misma Sentencia SU-480 de 1997 se refiere a la posibilidad de repetir contra el Fosyga por la totalidad de lo que valga el medicamento que no figure en el listado POSC, si es que éste realmente no figura en tal listado. La Sentencia T-016 de 1999⁵¹⁶ reitera la posibilidad de repetir contra el Estado, pero aclara que la repetición contra el Fosyga no debe ser por la totalidad de lo que valga el medicamento no incluido en el POS sino por el excedente sobre el valor de un medicamento similar que sí figure en el listado oficial. Expresa la Sala que hay una solidaridad de la cual no se desliga

⁵¹⁵ La sentencia en cita señala que según Marienhoff, la ecuación o equilibrio financiero del contrato es el “medio por el que ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevistas, posteriores sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, que determina la obligación del Estado de asistirlo para que pueda así cumplir o seguir cumpliendo el contrato”, p. 30.

⁵¹⁶ M. P. Alejandro Martínez Caballero. p. 17. En el mismo sentido véase la Sentencia T-517 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 12, en la cual hace referencia a la posibilidad de la EPS de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fosyga, en los gastos en los que incurra en cumplimiento de lo ordenado en dicha providencia y que no está obligada legalmente a asumir.

la EPS que continúa prestando el servicio, pero que puede reclamarle al Estado el mayor valor, así no se hayan cumplido los periodos mínimos de cotización⁵¹⁷.

En caso de suministro de audífonos, la Sentencia T-648 de 2007⁵¹⁸ sostuvo que a pesar de no existir urgencia vital para quienes requieren tal suministro, la carencia de los mismos afecta de manera grave, permanente e inmediata su normal desarrollo. La EPS, en caso de que se cumplan los requisitos jurisprudenciales para tal efecto, debe suministrar el servicio requerido, y con el fin de preservar el equilibrio financiero tiene la posibilidad de repetir contra el Estado, específicamente contra el Fosyga⁵¹⁹.

Lógicamente, cuando la negativa de procedimientos, intervenciones, servicios, medicamentos o insumos se encuentra efectivamente en el POSC, se ha denegado la posibilidad a la EPS o a la IPS de repetir contra el Fosyga. En tal sentido se puede invocar la Sentencia T-353 de 2007⁵²⁰, al señalar que cuando un procedimiento, actividad o intervención se encuentra incluido en el POSC, se entienden incluidos los insumos necesarios para practicarlo⁵²¹. Por ello ordenó

⁵¹⁷ La posición anterior es reiterada por la Sentencia T-376 de 2003. Recuérdese que el Estado, en su condición de garante de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, a la luz del artículo 2º de la Constitución, debe suministrar por sí mismo o a través de las EPS, el medicamento o procedimiento no POS en caso de necesidad. No obstante, la asunción subsidiaria de dicha responsabilidad se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales configurados para tal efecto. Véase al respecto la Sentencia T-237 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 11.

⁵¹⁸ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 10. El tema de los audífonos ha sido un caso reiterado de análisis en la Corte Constitucional.

⁵¹⁹ Véanse las sentencias T-839-00, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 11; T-134 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 8; T-488 de 2001, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 9; T-004 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7; T-229 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 7; T-329 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 9; T-380 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 9; T-753 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3; T-771 de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 8; T-911 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2; T-1100 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 6; T-261 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6; T-868 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 15.

⁵²⁰ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3. En el mismo sentido véase la Sentencia T-102 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 17.

⁵²¹ Véase la Sentencia: T-221 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 9, en la cual la Corte señaló: “Que el procedimiento de trasplante de córnea esté expresamente incluido, implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. Por la razón anterior, mal puede decirse que el tejido corneal, imprescindible para la realización de la cirugía, puede ser funcionalmente excluido del *procedimiento* como un todo”. Ver también Sentencias T-859 y T-860 de 2003, M. P. Eduardo

a la IPS iniciar los procedimientos requeridos, que además habían sido autorizados por la EPS, sin que sea posible que le exija el pago de los insumos necesarios para el mismo y sin que haya lugar a repetir contra el Fosyga⁵²². Así mismo, con base en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007⁵²³, se ha decidido la posibilidad de repetir contra el Fosyga en sólo el 50% de los costos asumidos por la EPS, al haber incurrido en la causal determinada por el literal referido. De tal caso se resalta la Sentencia T-598 de 2008⁵²⁴, en cuanto determinó que para garantizar el equilibrio financiero del SGSSS, la EPS, de conformidad con lo expuesto en la Sentencia C-463 de 2008⁵²⁵ sólo podrá recobrar ante la subcuenta correspondiente del Fosyga el 50% de las sumas de

Montealegre Lynett, p. 11 y ss., respectivamente. Un grupo de casos importante en la aplicación de este criterio es el del lente intraocular en la cirugía de cataratas, en muchas ocasiones las EPS han autorizado la cirugía de cataratas pero han negado el lente intraocular, necesario para la misma, por considerar que no se encuentra expresamente incluido en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 como una prótesis, sin embargo, en la misma resolución bajo el código 02905 aparece el procedimiento “Extracción catarata más lente intraocular”. La Corte ha afirmado que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12, sí se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista, se trata de una prevalencia de las inclusiones particulares sobre las exclusiones generales. Sentencias en las cuales se ha decidido, en igual forma se pueden citar además: Sentencia T-1081 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 5 y ss; T-852 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 6; y la T-007 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 5.

⁵²² Igual véase las sentencias T-538 de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 11; T-1185 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 20, y la T-475 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 10.

⁵²³ Declarado exequible por la sentencia C-316 de 2008. La parte resolutive de tal sentencia determinó: “Primero Declarar Exequible la expresión si la EPS no estudia oportunamente tales solicitudes ni las tramita ante el respectivo Comité y se obliga a la prestación de los mismos mediante acción de tutela, los costos serán cubiertos por partes iguales entre las EPS y el Fosyga, del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.” M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 81. Posteriormente la sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, resolvió declarar condicionalmente exequible el aparte de demandada de la norma contemplada en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, esto es, lo referido a “... de alto costo... medicamentos...” “... en el entendido de que la regla sobre el reembolso de la mitad de los costos no cubiertos también se aplica, siempre que una EPS sea obligada mediante acción de tutela a suministrar medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante, no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legalmente vigentes”. M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 56. Véanse además las sentencias: 11001-03-24-000-2003-00327-01 de septiembre de 2008, M. P. Camilo Arciniegas Andrade, del Consejo de Estado, Sección Primera, p. 8 y la Sentencia 11001-03-25-000-2004-00139-01 y 11001-03-25-000-2004-00175-01 de junio de 2009. M. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, del Consejo de Estado, Sección Primera, p. 14. Igual, véase la sentencia expediente número 2004-00340 del 18 de junio de 2009, M. P. Marco Antonio Velilla Moreno, del Consejo de Estado, Sección Primera, p. 8.

⁵²⁴ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 13.

⁵²⁵ M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 56.

dinero que legal y reglamentariamente no sean de su cargo⁵²⁶. Sin embargo, como bien se detallará en el tema del POSC, del mismo modo se han negado amparos de tutela, toda vez que no se cumplen con los requisitos jurisprudenciales para tal efecto. Como ejemplo, en este apartado se cita la Sentencia T-498A de 2006⁵²⁷, en cuanto a la protección del equilibrio financiero del Sistema determinó que el costo del examen no resulta desproporcionado teniendo en cuenta el nivel de ingresos y el patrimonio de los padres del menor. Por tanto, no existe una carga desproporcionada para los padres del menor que altere el mínimo vital del núcleo familiar, al punto de romper el principio de cargas soportables⁵²⁸.

- Integración vertical patrimonial⁵²⁹. La limitación en la integración vertical entre las EPS y sus propias IPS en aras de una regulación más adecuada al interior del SGSSS, por ende de un eventual mejoramiento en las condiciones de los servicios de salud, precisamente colisiona con la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia, ya que se limita a la unidad empresarial y sus propósitos de lucro.

⁵²⁶ En igual sentido la Sentencia T-600 de 2008⁵²⁶, agregando que el Fosyga dispondrá de quince (15) días para reconocer lo debido o indicar la fecha máxima en la cual lo hará, fecha que no podrá exceder de seis (6) meses una vez presentada la solicitud para el pago por la EPS. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 14.

⁵²⁷ M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 10. Véase en el mismo sentido la Sentencia T-808 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 4.

⁵²⁸ Por estas razones no se aplicó el principio de solidaridad y en consecuencia se negó el amparo, según la Sala, a fin de favorecer el equilibrio financiero y promover la sostenibilidad del SGSSS, uno de cuyos objetivos es asegurar el acceso de todas las personas a la salud en sus diferentes modalidades de prestación.

⁵²⁹ Según la Sentencia C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 80 y ss., en la integración vertical patrimonial “Las compañías integradas verticalmente están unidas por una jerarquía y comparten un mismo propietario”. En el sector salud es “definida como la coordinación o unión de líneas de servicio dentro o a través de las etapas en los procesos de producción de atención en salud.” No obstante, se debe tener en cuenta, siguiendo a Jaramillo Pérez, que “la competencia no se da entre EPS e IPS aisladas, sino entre grupos de empresas asociadas e incluso bajo la modalidad de holding, entendido tal concepto como empresas tenedoras de acciones o propietarias y administradoras de un grupo de empresas, de los cuales participan las aseguradora de vida, las empresas de medicina prepagada, los fondos de cesantías y pensiones, las administradoras de riesgos profesionales, las cajas de compensación familiar, las EPS y las IPS...”. Véase ob. cit., p. 244.

Con relación a los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, la Sentencia C-616 de 2001⁵³⁰ declaró su exequibilidad y determinó que con la separación de la administración por parte de las EPS y la prestación de los servicios asistenciales por las IPS, el legislador, obrando dentro del ámbito de sus facultades, pretende garantizar la prestación eficiente y oportuna del servicio a todos los integrantes de la comunidad. Igualmente, señaló que la integración de las empresas es una opción que el legislador dejó abierta y responde a una realidad del mercado, que le permite a algunas entidades racionalizar y prestar un servicio más eficiente a sus afiliados.

En consecuencia, la Corte Constitucional en la sentencia en comento solucionó, en principio, la controversia entre la libertad económica y la posibilidad consecuencial de integración entre las EPS y sus propias IPS y la posibilidad de abuso de la posición dominante, falta de control e ineficiencia, en la prestación de los servicios de salud a favor de la libertad económica. Consideró la Corte que la posibilidad prevista en la ley de que las EPS presten el servicio de salud a través de sus propias IPS, no sólo no es en sí misma considerada violatoria de la Constitución, sino que además, en armonía con los mandatos de la Constitución, el SGSSS contiene una serie de disposiciones de distinta naturaleza normativa orientadas a prevenir de manera general y específica las situaciones y prácticas contrarias a la libertad de empresa y a la libre competencia.

Posteriormente la Sentencia C-1041 de 2007⁵³¹ determinó la exequibilidad por los cargos analizados del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007⁵³², el cual debía

⁵³⁰ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 49.

⁵³¹ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 121.

⁵³² “Artículo 15. Regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante. Las EPS no podrán contratar, directamente o a través de terceros, con sus propias IPS más del 30% del valor del gasto en salud. Las EPS podrán distribuir este gasto en las proporciones que consideren pertinentes dentro de los distintos niveles de complejidad de los servicios contemplados en el POS. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses siguientes a la vigencia de la presente ley las condiciones de

entenderse constitucional ya que las limitaciones de contratar directamente o a través de terceros con sus propias IPS no deben impedir que los afiliados y beneficiarios de una determinada EPS escojan libremente recibir los servicios médicos prestados por las IPS propias de dicha EPS y que tales servicios les sean efectivamente suministrados. Así mismo, se determinó la exequibilidad del inciso tercero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2005, en el entendido de que dicho plazo comienza a contarse a partir del momento en el que, con base en los criterios objetivos que determine previamente la Superintendencia Nacional de Salud, ésta le notifique a la EPS respectiva que debe ajustar su integración vertical al 30%⁵³³.

- **Independencia técnica y administrativa.** Las decisiones de tipo técnico científico y las propias regulaciones de tipo administrativo interno de las entidades en comento colisionan frecuentemente con los requerimientos de salud de las personas usuarias de sus servicios. Sobre la independencia técnica y administrativa de las EPS y de las IPS podemos citar básicamente dos temas que han sido ampliamente debatidos por la jurisprudencia constitucional colombiana, como son: CTC⁵³⁴ y médico tratante⁵³⁵. Temas que han sido discutidos normalmente en relación con la prescripción de medicamentos, tratamientos, intervenciones o servicios excluidos del POSC. A manera de

competencia necesarias para evitar el abuso de posición dominante o conflictos de interés, de cualquiera de los actores del sistema de salud. Dese un período de transición de un (1) año para aquellas EPS que sobrepasen el 30% de que trata el presente artículo para que se ajusten a este porcentaje. Parágrafo. Las EPS del Régimen Contributivo garantizarán la inclusión en sus redes de IPS de carácter público.”

⁵³³ Efectivamente la sentencia en reseña determinó que se pretende evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado, mediante la introducción de una limitante al funcionamiento de un modelo empresarial de integración vertical. Entonces, según la Corte Constitucional, la medida será idónea para alcanzar el fin constitucionalmente válido de evitar situaciones de abuso de la posición dominante de las EPS, en los términos del artículo 333 superior.

⁵³⁴ Sobre la conformación y funciones del CTC véase la Resolución 3099 de 2008 del MPS.

⁵³⁵ Entiéndase por *médico tratante* el profesional de la salud que es funcionario directo o indirecto de la EPS o lo es de la IPS perteneciente a la EPS en cuestión –integración vertical– o se encuentra adscrito a una IPS o entidad con la cual la EPS tenga contrato de servicios, y sea la persona que haya prescrito el respectivo medicamento, intervención, procedimiento, evaluación o cualquier otro servicio de salud al afiliado o beneficiario de la EPS respectiva. Es decir que tenga facultad para actuar en nombre de dicha EPS.

ejemplo, con relación a los temas referidos, podemos citar las siguientes sentencias en sede de revisión de tutelas, así:

La Sentencia T-344 de 2002⁵³⁶ consideró al respecto que además de otros requisitos las EPS tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POSC cuando el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio. En específico, por el médico tratante del paciente en cuanto se trata de una persona calificada profesionalmente (conocimiento científico médico), que atiende directamente al paciente (conocimiento específico del caso), en nombre de la entidad que le presta el servicio (competencia para actuar en nombre de la entidad). La Sala señala que el dictamen del médico tratante es necesario, pues si no se cuenta con él, no es posible que el juez de tutela, directamente, imparta la orden,⁵³⁷ así otros médicos lo hayan señalado, o estén dispuestos a hacerlo⁵³⁸.

⁵³⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 13 y ss. Véanse en el mismo sentido las sentencias T-666 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 6; T-155 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 3; T-179 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 18; T-378 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 8; T-053 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 5; T-616 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 7; T-339 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6, entre otras.

⁵³⁷ Pie de página de la sentencia referida. En la Sentencia T-378 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 8, se consideró que: “La atención y la intervención quirúrgica debe ser determinada por el médico tratante, entendiendo por tal el profesional vinculado laboralmente a la respectiva EPS, y que examine, como médico general o como médico especialista, al respectivo paciente. Y consecuentemente es tal médico quien dirá si se práctica o no la operación. Por consiguiente, la orden de tutela que dé el juez tiene que tener como punto de referencia lo que determine el médico tratante. Y no se puede ordenar directamente por el juez la práctica de la operación, salvo que ya el médico tratante lo hubiere señalado, pero la EPS no cumpliera tal determinación médica.”

⁵³⁸ En la Sentencia T-665 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 4, referida por la sentencia en cita, se decidió que “(...) la petición del solicitante: que cualquier médico lo pueda recetar y se le entregue el medicamento que diga aun quien no es médico tratante, es una solicitud abiertamente contraria al sistema de salud que existe en Colombia.” La sentencia en comento se refiere a que esta decisión ha sido reiterada recientemente en las sentencias T-749 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7, y la T-256 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 3, sin embargo, es preciso indicar que en esta última aunque efectivamente se reiteró que a la EPS sólo la obliga el concepto de un médico adscrito a la misma, se decidió que cuando se trate del derecho a la salud de un niño, y el dictamen sobre el cual se haya basado la reclamación haya sido proferido por un médico no adscrito a la EPS, ésta debe proceder a determinar si en realidad el menor necesita el medicamento mediante remisión a un médico adscrito a ella, en lugar de negarse a pagar la prestación solicitada por el menor.

Igual considera la Sala que el concepto del médico tratante prevalece cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la EPS.

Por tanto, en la confrontación del médico tratante y el CTC se ha seguido la regla jurisprudencial general de que prevalezca el concepto del médico sobre el del Comité. Precizando la Sala que las razones que justifican que el concepto del médico tratante esté por encima de las consideraciones de funcionarios administrativos de la entidad, no pueden ser las mismas que justifiquen que ocurra lo propio frente al CTC, pues la situación no es semejante. Finalmente, concluye la sentencia y afirma que el CTC es un órgano de carácter administrativo, pese a su nombre, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico⁵³⁹.

Sin embargo, la propia sentencia afirma que existen casos, generalmente extremos, en los cuales las EPS pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes, cuando ellas son evidentemente inapropiadas, casos en los cuales es posible que el CTC niegue una orden del médico tratante. Pero, según la Sala, no puede hacerlo basándose en su criterio de orden administrativo o presupuestal. El CTC debe disponer de fundamentos científicos suficientes para adoptar una decisión en contra de lo ordenado por el médico tratante. Precisamente la Sentencia T-001 de 2005⁵⁴⁰ niega el amparo de tutela con base en que el examen médico fue prescrito por un médico particular, es decir, no adscrito a la entidad accionada. Por su parte, la Sentencia T-004 de 2008⁵⁴¹,

⁵³⁹ Según la sentencia en cita, “No se trata, por ejemplo, de un grupo de médicos que tienen como función someter a revisión científica las autorizaciones de medicamentos o tratamientos excluidos del POS [...] no se trata de un tribunal profesional interno de la E.P.S. en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud...”, p. 16.

⁵⁴⁰ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 5. Véase además la sentencia T-704 de 2004 del mismo magistrado, p. 7; la SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 33 y T-665 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 4; reiteradas en la T-378 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 8 y en la T-749 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7.

⁵⁴¹ M. P. Mauricio González Cuervo, pp. 18 y ss.

citando sentencias como la T-237 de 2003⁵⁴² y la T-504 de 2006⁵⁴³, otorgó el amparo solicitado a pesar de que el médico que prescribió el tratamiento no era adscrito a la EPS en cuestión⁵⁴⁴. Al respecto expresó la Sentencia T-004 de 2008 que ante el conocimiento y valoración voluntaria por parte de la EPS de la situación del paciente y al determinar un tratamiento que debía seguir, que negó

⁵⁴² M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 16 y ss. En esta sentencia se otorgó el amparo solicitado a pesar de ser un médico particular quien hiciera la prescripción toda vez que el CTC de la Entidad estudió efectivamente el dictamen médico de dicho galeno. La Sentencia T-004 de 2008 afirma que la sentencia precisó que en la generalidad de los precedentes constitucionales en que ha negado la tutela por ausencia del médico tratante, los accionantes acudían por su cuenta a un médico particular quien prescribía determinados tratamientos, en algunos casos por fuera del POS, y estos eran negados por la EPS de manera automática sobre la base de la ausencia de una relación laboral entre ella y el profesional que había emitido la prescripción. En ningún caso la entidad promotora realizó los trámites necesarios para verificar el diagnóstico del profesional independiente y autorizar o rechazar la entrega del medicamento o la práctica del tratamiento, sino que, de plano, esgrimió el argumento de la inexistencia de nexo contractual para negar lo solicitado. Bajo tales presupuestos consideró la sentencia que era aplicable a favor del peticionario el principio de confianza legítima, pues la entidad voluntariamente legitimó las prescripciones realizadas por un profesional de la salud no vinculado a ella e hizo suponer que eventualmente el suministro de medicamentos o la realización de los procedimientos podía llevarla a cabo la EPS como su médico tratante.

⁵⁴³ M. P. Jaime Araújo Rentería. En esta sentencia, igual se otorgó el amparo constitucional, a pesar de no ser el médico tratante quien prescribiera el tratamiento, pero se trataba del derecho a la salud de una menor. Precisamente las sentencias T-004 de 2008 y la T-504 de 2006 dicen que la Corte Constitucional consideró que en atención a que la falta de tratamiento podía comprometer la integridad física y la salud de la menor al incidir en su función de masticación, la tutela debía ser concedida. En este caso, el requisito del médico tratante se encontró ajustado a la jurisprudencia, en la medida en que la EPS no ofrecía a sus afiliados posibilidades de atención en servicios especializados de ortodoncia; el odontólogo tratante de la peticionaria originalmente le recomendó consultar a un ortodoncista particular para la corrección de su mala oclusión dental; el ortodoncista particular certificó la necesidad de practicarle los procedimientos ortodóntico quirúrgicos solicitados en la acción de tutela como tratamiento adecuado con el fin de restablecer su función masticadora y finalmente la entidad demandada no alegó en momento alguno la existencia de otro servicio médico incluido en el POS útil para aliviar la dolencia de la peticionaria. Dijo la Sentencia T-504 de 2006, sobre estas conclusiones, lo siguiente: “Con base en estas situaciones probadas en el expediente, esta Sala concluye, entonces, que la peticionaria no tuvo opción diferente a la de acudir, en consulta particular, ante un ortodoncista para recibir la atención, valoración y tratamiento de su mala oclusión dental. De esta manera, exigirle que la orden en la que se incluyen los servicios médicos que reclama sea expedida por un médico especialista tratante que no existe, es anular de plano su derecho, colocándola en estado de total indefensión”.

⁵⁴⁴ En la Sentencia T-004 de 2008 también se esgrime la posible consideración para negar la tutela, en cuanto “podría argüirse en el caso de la referencia, es el de que la accionante por su propia culpa o bajo su propia responsabilidad, se colocó en un tratamiento de ortodoncia ajeno al POS que no podía pagar y ello le generó la descompensación que ahora afecta su funcionalidad al masticar. Bajo esa consideración, siguiendo el argumento, debería ser ella por sus propios medios quien cubra ese procedimiento sin pretender que ahora como el problema es funcional, sea la EPS correspondiente la que tenga que corregir y conceder el resto del tratamiento, pero, la misma sentencia resuelve la objeción al determinar qué: “... en su caso, ciertamente existía una necesidad real de iniciar el tratamiento de ortodoncia con fines funcionales y no atribuibles exclusivamente a razones meramente estéticas, de lo que se deriva que no es su propia culpa, la causante de la situación que ahora la aqueja.”

principalmente por no estar incluido en el POSC, se puso en una situación en la que opera a favor de la demandante el principio de confianza legítima, pues le hizo suponer que la entidad conocía su caso y estaba al tanto como médico tratante de su situación.

En igual sentido, la Sentencia T-083 de 2008⁵⁴⁵ determinó inaplicar, en este caso, la regla consistente en no darle validez al diagnóstico o tratamiento ordenado por un médico no adscrito a la EPS correspondiente, ya que la EPS emitió un diagnóstico equivocado que desconoció el derecho de la paciente a contar con un diagnóstico serio y de calidad, situación aunada a la urgencia de consultar un oftalmólogo que generó, según la Sala, una desconfianza razonable en la capacidad de la EPS. De otra parte, expresa la Sentencia T-976 de 2005⁵⁴⁶ que las EPS no pueden imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad, como que la persona presente la solicitud de los servicios no POS ante el CTC que le corresponde al médico tratante. Menos aún que tales servicios se nieguen con base en el no cumplimiento de dicho requisito, cuando la propia EPS no lo hizo.

De su parte, la Sentencia T-760 de 2008⁵⁴⁷, a manera de generalización, determinó sobre el tema en cuestión que como el derecho a la salud no es

⁵⁴⁵ M. P. Mauricio González Cuervo, p. 13.

⁵⁴⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 7. La Sentencia referida cita que el artículo 4° de la Resolución 2933 de 2006 establece las funciones de los CTC, estableciendo que la primera de ellas es ‘analizar para su autorización las solicitudes presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, el suministro de medicamentos por fuera del listado de medicamentos del POS, adoptado por el Acuerdo 228 del CNSSS y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan’. El artículo 7° de la Resolución establece el Procedimiento para la autorización, reiterando que ‘las solicitudes deberán ser presentadas al CTC por el médico tratante y se tramitarán conforme al siguiente procedimiento’. Esta cuestión se encontraba regulada en los mismos términos por la Resolución 2948 de 2003 y la Resolución 3797 de 2004. Igualmente refiere que una EPS viola el derecho a la salud de una persona al justificar su negativa a autorizar un servicio de salud que requería con necesidad, en el hecho de que el paciente no había presentado la solicitud al CTC de la entidad por tratarse de un trámite interno de la EPS, que debe realizar el médico tratante.

⁵⁴⁷ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 93.

ilimitado, el CTC no está obligado a autorizar de manera automática cada solicitud del médico tratante. De tal forma, expresa la Sala, que si la solicitud alude a un tratamiento estético, a un asunto dental, o a otro de aquellos que la Corte ha admitido que están razonablemente excluidos del POSC, el correspondiente CTC podrá invocar la jurisprudencia constitucional para negar la solicitud y el juez de tutela habrá de hacer lo propio respetando los precedentes constitucionales.

- Contenido del Plan Obligatorio de Salud. En efecto, los requerimientos de intervenciones, medicamentos, actividades y prestaciones contempladas y no contempladas en el POSC que deben garantizar las EPS y prestar las IPS han sido fuente constante de colisión entre la libertad económica y las reglas de juego del mercado de salud y el derecho a la salud integral de sus usuarios⁵⁴⁸.

Como casos típicos de tutela relacionados con el cubrimiento de actividades, procedimientos, medicamentos u otros servicios de salud relacionados con el POS puede citarse como ejemplo el del amparo de una cirugía que no tenía fines estéticos, en donde la Sentencia T-102 de 1998⁵⁴⁹ conceptuó que lo que en principio puede considerarse como una “cirugía estética”, por ende excluida del POS, realmente tiene la entidad de una enfermedad que le produce dolor y la cirugía aconsejada por los médicos es el medio indicado para asegurarle una vida digna, ajena a una forma de trato inhumano, cruel y degradante. Por ende, vulnerado el principio de dignidad humana y el derecho a no ser objeto de tratos

⁵⁴⁸ Recuérdese que desde la Sentencia SU-480 de 1997 se determinó que como se trata de una relación contractual, la EPS sólo tiene obligación de lo especificado dentro de reglas puntuales, luego, que si se va más allá de lo reglado es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 37. Véanse con respecto a los requisitos referenciados en la SU-480 de 1997, las modificaciones que en su momento y en vigencia de la Ley 508 de 1999, realizó la Sentencia SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 38.

⁵⁴⁹ M. P. Antonio Barrera Carbonell, p. 7. Véase en el mismo sentido la Sentencia T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 5, y la T-119 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 4.

cruelles e inhumanos o degradantes se debía amparar el derecho a la salud en conexidad con la vida digna.

Otro ejemplo típico ha sido con relación al suministro de audífonos, y según este la Sentencia T-801 de 2004⁵⁵⁰ reiteró que la negativa de no suministrar algunos medicamentos, tratamientos, prótesis y cirugías no POS es una negativa legítima. No obstante, tal negativa no puede conllevar la vulneración de derechos fundamentales, por tanto los límites legales en función de la preservación del equilibrio financiero de las EPS no pueden desconocer derechos fundamentales a la vida y a la integridad de las personas.

Igual ha sido un caso típico el relacionado con la autorización de desplazamientos del paciente a sedes diferentes de la EPS o de la autorización de acompañantes, del cual podemos citar la Sentencia T-900 de 2002⁵⁵¹, que consideró que a falta comprobada de recursos económicos del paciente o de sus familia, nace para el paciente el derecho de requerir del Estado la prestación inmediata de tales servicios, y, correlativamente, nace para el Estado la obligación de suministrarlos, sea directamente o a través de la EPS.

En cuanto a los requisitos para acceder a medicamentos o tratamientos por vía de inaplicación de los contenidos del POS fueron determinados jurisprudencialmente y reiterados en numerosas sentencias de tutela⁵⁵².

⁵⁵⁰ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 13. Véanse además las sentencias referenciadas por la sentencia en cita: T-1120 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-414 de 2001, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 6; T-421 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, pp. 19 y ss., p. 4; T-1019 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 4; T-270 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 5; T-706 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 9; T-005 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2; T-143 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 21; T-342 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6; T-582 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 7; T- 060 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 11.

⁵⁵¹ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, pp. 8 y ss. Véase además la Sentencia T-443 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 13.

⁵⁵² Ellos son: “1. Que la falta del medicamento, tratamiento o elemento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado. 2. Que se trate de un medicamento, tratamiento o elemento, que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el

Precisamente, con base en el incumplimiento de alguno o de algunos de tales requisitos, encontramos cómo algunas decisiones en sede de revisión de tutela negaron las pretensiones incoadas por los actores. Ejemplo de ello podemos citar la Sentencia T-1276 de 2001⁵⁵³, en cuanto señaló que pese a que no puede predicarse un carácter simplemente estético de la afección del paciente, la no demostración de su incapacidad económica para costearlo hace improcedente el amparo por no cumplir con los presupuestos jurisprudenciales establecidos por la Corte para tales efectos. Así mismo, la Sentencia T-004 de 2006⁵⁵⁴ negó el amparo solicitado ya que *no se cumplen a cabalidad las condiciones exigidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida*, según el requisito de que la falta del medicamento o tratamiento excluido vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal o que el fármaco o procedimiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS. También la Sentencia T-447 de 2007⁵⁵⁵ negó, en su momento, la autorización de la cirugía bypass gástrico por laparoscopia, con base en que existía otro tratamiento que tenía la misma efectividad del formulado.

sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea necesario para proteger el mínimo vital del paciente. 3. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento, tratamiento o elemento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. 4. Finalmente, que el medicamento, tratamiento o elemento haya sido prescrito por un médico de la entidad prestadora de Servicios de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

⁵⁵³ M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 7. Véase la sentencia T-676 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 7. Evento en el cual se negó la tutela, pues se considera, que en derecho nadie puede invocar su propia culpa para beneficiarse y menos aún para pretender que el Estado asuma los gastos por concepto de atención médica requerida por la situación de riesgo en que la misma persona se ha colocado por imprudencia, pues debió prever las consecuencias que traería el sometimiento a este tipo de cirugías –se refiere a una cirugía estética– cuyas complicaciones y desenlaces fatales para la vida son hoy por hoy de público conocimiento. Igual la niega con base en la no vulneración de derechos fundamentales y de no haber comprobado su incapacidad económica. En el mismo sentido la sentencia T-1079 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 8, en cuanto negó, por no probar la incapacidad económica, el amparo solicitado del reconocimiento y pago de lo relativo a los gastos de acompañante, en virtud de una cirugía que se le debía realizar en una ciudad distinta a la de su residencia. Igual véase la T-005 de 2007, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 13.

⁵⁵⁴ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 5.

⁵⁵⁵ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 19.

La Sentencia T-760 de 2008⁵⁵⁶ señaló a manera de conclusión sobre el tema del POS, en especial de los medicamentos y servicios de salud en él no contemplados, que toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios de salud que requiera con necesidad. Cuando el servicio que se requiera no está incluido en el POS correspondiente debe asumir la persona, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que si carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad y permitir que la EPS obtenga ante el Fosyga el reembolso del servicio no cubierto por el POS.

- **Cuotas moderadoras y copagos.** La posibilidad de cobro de copagos y cuotas moderadoras⁵⁵⁷ que el sistema les otorga a las EPS dentro del giro normal de su actividad empresarial no pocas veces ha colisionado con los requerimientos de procedimientos, actividades y medicamentos por parte de sus afiliados.

La Sentencia C-542 de 1998⁵⁵⁸ determinó la exequibilidad del artículo 187 de la Ley 100 de 1993⁵⁵⁹, salvo la expresión “y la antigüedad de afiliación en el

⁵⁵⁶ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵⁵⁷ Según Jaramillo Pérez, las cuotas moderadoras son simples instrumentos de la regulación de la demanda o barrera de acceso pequeñas, que pretenden desestimular el uso innecesario de los servicios por parte de los usuarios. Los pagos compartidos o copagos, por su parte se explican sobre todo, dice Jaramillo, cuando los recursos financieros procedentes de las contribuciones al sistema son insuficientes para cubrir los gastos de atención. Véase ob. cit., p. 167. Pachón Lucas, señala que la cuota moderadora es una especie de *pago moderador* destinado a racionalizar el uso de los servicios del sistema como una forma de inducir a los usuarios a recurrir al servicio únicamente en los casos realmente necesarios, a fin de lograr la eficiencia en la prestación del servicio. Véase Pachón Lucas, Carlos. *Diccionario de la Seguridad Social*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009, p. 25.

⁵⁵⁸ M. P. Hernando Herrera Vergara, p. 17.

⁵⁵⁹ “Los afiliados y beneficiarios del SGSSS estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del Sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud.” Hoy adicionado por el literal

Sistema” contenida en el inciso 2º de ese mismo artículo 187, la cual se declaró inexecutable. Exequibilidad que se determinó, bajo el entendido de que si el usuario del servicio no dispone de los recursos económicos para cancelar las cuotas moderadoras o controvierte la validez de su exigencia, el Sistema y sus funcionarios no le pueden negar la prestación íntegra y adecuada de los servicios médicos, hospitalarios, quirúrgicos, asistenciales y de medicamentos que requiera, sin perjuicio de los cobros posteriores con arreglo a las normas vigentes. En consecuencia, la Corte Constitucional en la sentencia en comento solucionó en principio la controversia entre las cuotas moderadoras, los copagos y los deducibles, y el principio de solidaridad que rige el derecho a la salud y los servicios de salud, al determinar que el ser afiliado al régimen contributivo *hace suponer una pertenencia de los mismos a un estrato socioeconómico con capacidad de pago, a partir de sus reales ingresos económicos*. Por tanto, el deber de cancelar las cuotas moderadoras no impide el ejercicio del derecho a la salud ni la protección a la vida. Tampoco, expresa la Corte, se convierte en una barrera de acceso para los más pobres a los servicios de atención en salud, que contradiga el principio de solidaridad⁵⁶⁰.

Como ejemplo de alguna sentencia en sede de tutela, sobre el tema de las cuotas moderadoras y de los copagos, podemos citar la Sentencia T-328 de 1998⁵⁶¹ que fue enfática en afirmar que pese a los derechos puramente

g) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 así: “No habrá copagos ni cuotas moderadoras para los afiliados del Régimen Subsidiado en Salud clasificados en el nivel I del Sisben o el instrumento que lo remplace”. Véase también la Sentencia C-089 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 40, en relación con el mismo tema en demanda de inconstitucionalidad en contra de algunos artículos de la Ley 352 de 1997, por la cual se reestructura el Sistema de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Igual, véase la Sentencia 11001-03-24-000-2005-00071-01 del Consejo de Estado, Sección Primera, M. P. Martha Sofía Sanz Tobón, octubre de 2008, p. 19, por la cual se niega la nulidad del Acuerdo 260 de 4 de febrero de 2004 “Por el cual se define el régimen de pagos compartidos y otros indicadores dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, expedido por el CNSSS.

⁵⁶⁰ Precisamente en el artículo 5º del Acuerdo 260 del CNSSS determina la Equidad como un principio fundamental en la aplicación de copagos y de cuotas moderadoras. Véase además el Acuerdo 365 de 2007 del CNSSS, la Ley 1122 de 2007 y el Decreto 2357 de 1995.

⁵⁶¹ M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7.

económicos de las EPS, derivados de la relación contractual celebrada con el Estado, entran en confrontación con los derechos fundamentales de los afiliados y beneficiarios cuando estas entidades cumplen estrictamente con los términos de la legislación que regula la prestación de los servicios del POS, y tienen el poder de decisión, en principio, sobre a quiénes prestan y a quiénes no los servicios, sin importar su condición de necesidad y de precariedad económica. Por tanto, el conflicto presentado ante la imposibilidad de los pacientes de cubrir las cuotas moderadoras o los copagos, o que no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, en los casos de urgencia y necesidad, debe ser resuelto en favor del paciente que requiere el servicio de salud, a fin de proteger sus derechos fundamentales. Igualmente la Sentencia T- 696 de 2006⁵⁶² reiteró lo antes referido, pero agregó que la Corte ha señalado que el no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario⁵⁶³.

- Períodos mínimos de cotización⁵⁶⁴. Los períodos mínimos de cotización y de carencia otorgan a las EPS la posibilidad de cobrar a prorrata de los tiempos no cotizados el valor de las intervenciones y actividades requeridas por sus afiliados y beneficiarios con respecto a las denominadas enfermedades de alta complejidad terapéutica –ruinosas, catastróficas o de alto costo–. No obstante, tal posibilidad se ha visto enfrentada continuamente a los requerimientos de salud integral de los afiliados y beneficiarios.

⁵⁶² M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 8.

⁵⁶³ Sobre el tope de los copagos, la Sentencia T-608 de 2008 señaló que existen claras normas que limitan el monto anual que debe cancelarse por concepto de copagos, monto que deben respetar las EPS, sin importar el número de exámenes o servicios médicos requeridos por el afiliado o por el beneficiario, siempre y cuando el cotizante conserve su ingreso básico de cotización.

⁵⁶⁴ Entendidos como "... el tiempo que transcurre entre el momento de la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y el inicio de la atención para ciertas enfermedades de alto costo en su manejo, que serán demostrables por algún medio diagnóstico, que el afiliado conozca de su existencia, o que se demuestre su existencia por la historia clínica, la anamnesis o el examen del paciente." Sentencia C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 15.

La sentencia C-112 de 1998⁵⁶⁵ determinó la exequibilidad del inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993⁵⁶⁶ al expresar que los períodos mínimos de cotización no excluyen la atención de las enfermedades de alto costo; simplemente difieren su atención al momento en que el afiliado cumpla con un número determinado de semanas de cotización que no puede exceder de las estipuladas en la ley vigente, o pague ciertos emolumentos de acuerdo con su capacidad económica, en los casos en que el número de semanas de cotización sea inferior al fijado⁵⁶⁷. Así mismo, determinó que no son las EPS las que deciden unilateralmente o mediante cláusulas contractuales ajenas a la normativa vigente cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco establecen los niveles mínimos de cotización requeridos, como que los períodos de cotización no son mínimos sino máximos⁵⁶⁸. De contera, la Corte Constitucional en la sentencia en comento solucionó *prima facie* la controversia entre los períodos mínimos de cotización o períodos de carencia y el derecho a la salud como un todo integral en favor de tal estipulación. Según la sentencia referida, el cobro de un porcentaje en dinero por la atención de enfermedades de alto costo, cuando no se hayan cumplido los períodos mínimos de cotización, tampoco viola la Constitución, pues ésta no prescribe que los servicios de salud deban ser gratuitos, salvo en lo que atañe a la atención básica.

⁵⁶⁵ M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 22.

⁵⁶⁶ “El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al Sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica.” Hoy modificado por el literal h) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007 así: “No habrá períodos mínimos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas en el Régimen Contributivo. A los afiliados se les contabilizará el tiempo de afiliación en el Régimen Subsidiado o en cualquier EPS del Régimen Contributivo, para efectos de los cálculos de los períodos de carencia”.

⁵⁶⁷ En consecuencia, expresa la sentencia referida, si el usuario desea ser atendido antes de cumplirse esos plazos, debe pagar un valor por esos servicios de acuerdo con su capacidad económica y según las tarifas fijadas por la ley. En los casos de urgencias no se pueden oponer períodos mínimos de cotización, pues su exigencia podría vulnerar los derechos a la salud y a la vida de los usuarios.

⁵⁶⁸ Al respecto véase la Sentencia T-437 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 6.

En cuanto a los conflictos presentados en sede de tutela se puede reseñar, a manera de resumen, que la Sentencia T-250 de 1997⁵⁶⁹ determinó que la persona se afilia al sistema, no a una EPS, en tal sentido la antigüedad o el número de semanas para tener derecho a cierta prestación debe contarse desde la vinculación al sistema y no el de cotización a la EPS específicamente considerada. En la Sentencia T-253 de 2004⁵⁷⁰ se pone de manifiesto que estando demostrada la situación de urgencia y la incapacidad económica del usuario para cubrir el costo a su cargo, la entidad responsable no puede oponerse a realizar el tratamiento o procedimiento médico que requiera el afectado⁵⁷¹. A su vez, la Sentencia T-581 de 2007⁵⁷², a manera de resumen, reiteró que no es posible la inaplicación automática de la ley vigente en el SGSSS y restableció las condiciones jurisprudenciales que deben tenerse en cuenta para una eventual inaplicación de tal normativa.

- Mora en el pago de aportes y cotizaciones. Este tema, de gran recurrencia al interior del SSSI, en especial en el SGSSS, ha tenido mucho que ver en el frecuente enfrentamiento entre el derecho de las entidades en cuestión y el derecho fundamental e irrenunciable de los afiliados y beneficiarios a la salud.

Sobre el tema de la mora en el pago de aportes y cotizaciones por parte del empleador y las posibles consecuencias de la omisión del tales pagos al SGSSS para el afiliado trabajador y su familia, la Sentencia C-177 de 1998⁵⁷³ determinó la exequibilidad del artículo 209 de la Ley 100 de 1993⁵⁷⁴ en los

⁵⁶⁹ M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 3.

⁵⁷⁰ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 7. Véanse también las sentencias T-370 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, pp. 7 y ss., T-448, p. 4; T-517, p. 3; T-797, p. 5 y T-1053 de 2003, p. 4; T-642 de 2006, p. 9, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁷¹ Determina la sentencia que ante la incapacidad de pago del paciente la empresa prestadora de salud puede reclamar los sobrecostos ante el Fosyga.

⁵⁷² M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 21 y ss.

⁵⁷³ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 41.

⁵⁷⁴ En el artículo 209 determina que: "... El no pago de la cotización en el sistema contributivo producirá la suspensión de la afiliación y al derecho a la atención del Plan de Salud Obligatorio. Por el período de la suspensión, no se podrán causar deuda ni interés de ninguna clase."

casos que se aplique a los afiliados al sistema contributivo no vinculados a través de relación de trabajo. En relación con los asalariados y servidores públicos, la norma es exequible en los términos señalados en los fundamentos 25, 29, 30, 31, 33 y 34⁵⁷⁵ de dicha sentencia. En consecuencia, la Corte Constitucional en la sentencia en comento solucionó en comienzo la controversia de la suspensión de la afiliación del trabajador dependiente a favor de la integralidad y continuidad del derecho a la salud y de los servicios de salud, al afirmar que la norma acusada es exequible en el entendido de que mantiene una responsabilidad subsidiaria de las EPS a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono⁵⁷⁶.

Sobre el tema específico de la mora en el pago de aportes y cotizaciones abundante ha sido la jurisprudencia al respecto, de la cual podemos citar la Sentencia SU-562 de 1999⁵⁷⁷, en cuanto determinó que el trabajador no tiene por qué quedar afectado por la culpa del empleador que no cotiza oportunamente. En virtud de la posibilidad de cobro coactivo que tienen las EPS debe la entidad, en primer lugar, exigir el pago de la cuota al empleador en mora. Igualmente, puede repetir lo gastado en servicios de salud contra tal empleador⁵⁷⁸. De su parte, la Sentencia T-059 de 1997⁵⁷⁹ fue enfática al

⁵⁷⁵ Es decir, la suspensión de la desafiliación es desproporcionada. La interrupción de la prestación del servicio es adecuada en los casos de mora atribuible al empleador.

⁵⁷⁶ Véase la Sentencia T-072 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 6, referida por la sentencia en cita. Por su parte, la Sentencia C-800 de 2003 declaró la exequibilidad del artículo 43 de la Ley 789 de 2002, por los cargos analizados en dicha sentencia, en el entendido de que en ningún caso se podrá interrumpir el servicio de salud específico que se venía prestando, cuando de él depende la vida o la integridad de la persona, hasta tanto la amenaza cese u otra entidad asuma el servicio, salvo la expresión “hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora”, que se declaró inexecutable. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 43. Véase la Sentencia T-064 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 19 y ss.

⁵⁷⁷ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p.24. Con relación a la posibilidad de cobro coactivo véase además la sentencia C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 32. Véanse además las T-606 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 2; T-072 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 7; T-171 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía, p. 3, y T-202 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7.

⁵⁷⁸ Según la sentencia en comento, la Corte ha dicho ante la mora del empleador que ha surgido en la jurisprudencia una doble solución: responde el empleador y por lo tanto se torna responsable de la

analizar el tema de la mora, desde las perspectivas de la continuidad del servicio, el principio de la buena fe en las relaciones contractuales y el allanamiento a la mora. Señala la sentencia que ante el incumplimiento del beneficiario del servicio de salud que no cotiza oportunamente lo debido, se autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido, a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida, a menos que el beneficiario estuviera cobijado por la buena fe y que la EPS hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la EPS no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido⁵⁸⁰.

A manera de resumen, la Sentencia T-680 de 2008⁵⁸¹ se refiere a la teoría del allanamiento a la mora, según la cual, aunque el empleador sufrague los pagos por concepto de cotizaciones al SGSSS de sus trabajadoras (concretado el tema a la licencia de maternidad) de forma extemporánea o incompleta, si la EPS a la cual se encuentran afiliadas no adelanta un requerimiento previo o se abstiene de rechazar las cotizaciones subsiguientes y continúa prestando sus

prestación del servicio médico y de la entrega de medicamentos; o, el trabajador, si el empleador no responde le puede exigir a la EPS que lo atienda debidamente en razón de la voluntad del servicio público; pudiendo la EPS cobrarle al empleador o en algunos casos repetir contra el Fondo de Solidaridad, p. 24.

⁵⁷⁹ M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 16 y ss. En el mismo sentido véase la Sentencia T-017 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6.

⁵⁸⁰ No obstante lo anteriormente referido, la Sentencia T-037 de 2001 negó la tutela en un caso de mora patronal en virtud de que conforme al artículo 57 del Decreto 806 de 1998 la afiliación se suspende por la falta de pago de los aportes por parte del empleador. Así mismo, argumentó que sólo en casos urgentes en que peligre la vida y se pruebe esta situación se ha ordenado a la EPS asumir en los casos excepcionales la prestación de los servicios médicos a los trabajadores respecto de los cuales el patrón se encuentra en mora del pago de los aportes por concepto de salud. M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 4. La sentencia se refiere a la SU-562 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 22 y ss. Ver también Sentencia T-903 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 3.

⁵⁸¹ M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 12. Véase la sentencia T-413 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 9, en cuanto determina que el allanamiento a la mora se extiende, con los mismos efectos y debido a la existencia de elementos comunes, para la EPS o el empleador, que teniendo a su cargo la obligación de efectuar el pago de una incapacidad laboral se niega a sufragarla, Véase igualmente la T-921 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 4.

servicios, se entiende que zanjó la morosidad en la cual se haya incurrido y no puede negarse a reconocer la respectiva prestación aduciendo la mora, pues tal aquiescencia la obliga a sufragar el pago exigido.

- Reconocimiento y pago de licencias de maternidad. En igual sentido, pese a las específicas normas que regulan el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad⁵⁸², en los últimos años ha sido muy frecuente la colisión entre tales regulaciones y el derecho a la salud de la madre beneficiaria de tal prestación, de su mínimo vital y el de su hijo o hija y la salud integral del menor. Controversial ha sido el tema de reconocimiento y pago de las licencias, especialmente de maternidad entre las EPS y las personas afiliadas, como consecuencia de los cambios de normatividad y de requisitos exigidos para tal efecto⁵⁸³.

Precisamente, respecto del cambio legislativo durante el periodo de gestación, en la Sentencia T-792 de 1998⁵⁸⁴ se determinó aplicar el principio de

⁵⁸² Véanse, entre otros, el artículo 236 del C.S.T, la Ley 50 de 1990, el Decreto 806 de 1998, Decreto 047 de 2000. Es de anotar que la Sentencia C-543 de 2010 declaró inexecutable la expresión “del menor de siete (7) años de edad” contenida, precisamente, en el artículo 236 del C.S.T, reformado por la Ley 50 de 1990. M. P. Mauricio González Cuervo.

⁵⁸³ En la Sentencia T-075 de 2001 se negó el amparo solicitado de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, aduciendo que existía un daño consumado, toda vez que la acción de tutela se había interpuesto por fuera de los 84 días que corresponderían al disfrute de tal licencia. M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 5. El criterio establecido por esta sentencia fue modificado por la Sentencia T-999 de 2003, que estableció a manera de síntesis que la licencia de maternidad contiene un caso especial de doble protección reforzada que finalmente configura una sola unidad: la madre y el hijo. Por tanto, con base en los derechos de la progenitora, pero también en los prevalentes y preferentes derechos de los niños y niñas a la luz de los artículos 44 y 50 de la Constitución, el plazo para interponer la acción de tutela para reclamar la licencia de maternidad será de 364 días y no de 84 como antes se había determinado. M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 13. Véase también la Sentencia T-1161 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 7 y ss. Véanse sobre el tema de la licencia de maternidad las sentencias T-1224 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 10; T-1013 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 3; T-029 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5, y la T-118 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 5.

⁵⁸⁴ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 5. Véase en el mismo sentido la Sentencia T-093 de 1999, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 4, al referir: "Pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos, era necesario aplicar el principio de favorabilidad para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no viesen desmejorados sus derechos. Derechos que, pese a tener un carácter económico, son esenciales para la

favorabilidad en relación con el cambio legislativo entre el Decreto 1938 de 1994 y el Decreto 806 de 1998 en beneficio del Decreto 1938, ya que el trámite del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad se había iniciado en su vigencia, por tanto le dio efecto ultra activo a tal norma⁵⁸⁵.

Con relación a la falta de algunas pocas semanas cotizadas, la Sentencia T-931 de 2003⁵⁸⁶ manifestó que negar la licencia con el argumento formal de que la accionante tuvo una interrupción de 11 días en su cotización es optar por la prevalencia de la forma sobre lo verdaderamente sustancial, contrariando también el artículo 228 C. P. La Sentencia T-790 de 2005⁵⁸⁷ determinó sobre el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, en el caso de cotizaciones parciales y sosteniendo la doctrina del mínimo vital⁵⁸⁸.

Las posiciones jurisprudenciales dadas hasta ese momento en relación al tema en cuestión fueron articuladas por la Sentencia T-530 de 2007⁵⁸⁹, la cual estableció que se tenga un plazo de dos meses para que se inapliquen los requisitos del régimen y en tal sentido ordenar el pago total de la prestación,

protección de la mujer y el recién nacido, razón por la que, excepcionalmente, pueden ser reconocidos a través de la acción de tutela".

⁵⁸⁵ Téngase en cuenta que el parágrafo 3º del artículo 25 del Decreto 1938 de 1994 sólo exigía 12 semanas de cotización previas al parto para reconocer la licencia de maternidad. En cambio el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 exigió que la afiliada haya cotizado como mínimo por un periodo igual al periodo de gestación.

⁵⁸⁶ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 8.

⁵⁸⁷ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 11. Ver Sentencia T-221 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 7 y ss.

⁵⁸⁸ La sentencia en comentario sistematizó la posición jurisprudencial al sostener que la tutela procedería en protección del mínimo vital, aunque no haya existido continuidad de cotizaciones por cortos períodos. En igual sentido la Sentencia T-1243 de 2005 determina el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad al considerar que dadas la circunstancias de afiliación al régimen contributivo de salud durante más de un año y medio, existencia de un periodo inferior a un mes sin cotizar y salario mensual correspondiente a un salario mínimo, no se aprecia que el pago de la licencia de maternidad a la accionante genere un desequilibrio al SGSSS en su conjunto. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 6. De su parte, la Sentencia T-947 de 2005 reitera la teoría del allanamiento a la mora. M. P. Jaime Araújo Rentería, p.14.

⁵⁸⁹ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 72 y ss. Véase la Sentencia T-136 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 142 y ss., la cual afirma las consideraciones de la Sentencia T-530 de 2007, y agrega que en el caso de muerte del menor, pasado tres días de su nacimiento, la madre también tiene derecho a la licencia de maternidad en bien de su recuperación, p. 163.

pero, si se superan dos meses sin cotizar por parte de la madre durante su embarazo, la tesis se inclinará hacia la proporcionalidad del pago de la licencia de maternidad, protegiendo el mínimo vital, de un lado, y por otro, la compensación del sistema para que éste no se obligue a hacer erogaciones de dineros que no ha percibido.

La Sentencia T-204 de 2008⁵⁹⁰ matiza la posición de la T-530 de 2007 y de la T-136 de 2008, en cuanto considera que se debe mantener la línea jurisprudencial que venía reconociendo el pago completo de la citada licencia para aquellos casos en que la madre había dejado de cotizar ocho semanas o menos aproximadamente durante el período de gestación, a fin de no introducir un retroceso en tal línea. Pero en los casos en los que se dejó de cotizar por más de ocho semanas será necesario examinar cada caso concreto a fin de determinar si dado el número de semanas cotizadas debe ordenarse el pago proporcional de la licencia, o, también, podría darse un caso futuro en el que, por las circunstancias especiales, sea preciso ordenar el pago completo de la licencia cuando la madre ha cotizado menos de ocho semanas durante el período de gestación. Por tanto, señala la sentencia, la aplicación estricta del requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación es infundada; pero tampoco puede implantarse un criterio rígido, según el cual solo se ordenaría el pago completo de la licencia por maternidad cuando se ha dejado de cotizar ocho semanas o menos durante el período de gestación, ya que se debe tener en cuenta como faro orientador la protección reforzada de la unidad madre-hijo.⁵⁹¹

⁵⁹⁰ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 12. Véase también la Sentencia T-247 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, p. 17.

⁵⁹¹ Finalmente, la Sentencia T-1223 de 2008 realizó una sistematización del tema y señaló que el Administrador Fiduciario del Fosyga y el MPS deberán compensar las licencias de maternidad que hayan sido pagadas por las EPS a las mujeres, de acuerdo con las reglas de compensación establecidas para ese tipo de procesos, y sin que se requiera una orden judicial que lo autorice, determinó cómo opera tal compensación, reiteró el plazo de interposición de la acción de tutela –en ningún caso puede haber transcurrido más de un año entre el nacimiento y la solicitud del pago de la licencia–, enfatizó que en aquellas situaciones en las que la mora en el pago, o el no pago, resulte imputable al empleador, la

- **Reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional.** No obstante las específicas normas acerca de la forma y los requisitos para el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general, ha sido muy frecuente la colisión entre tales estipulaciones y el derecho a la salud y al mínimo vital de los beneficiarios de tal prestación⁵⁹².

Con relación al reconocimiento y pago de incapacidades médicas de origen general podemos citar las siguientes sentencias de revisión de tutela:

La Sentencia T-437 de 1999⁵⁹³, en cuanto consideró que las EPS no pueden suspender unilateralmente los servicios a sus afiliados o desvincularlos de la misma manera, pues romperían la relación de igualdad que debe existir entre ellos, en vista de que quedaría al criterio de las EPS cancelar una afiliación por aplicación directa del numeral 7 del artículo 14 del Decreto 1485 de 1994 que tal cosa les permite y, a la vez, actuar como autoridades públicas, puesto que definen quién tiene y quién no tiene derecho a continuar afiliado, sin que, en principio, tal decisión tenga algún mecanismo inmediato de control judicial o administrativo.

financiación corresponderá a éste, y ordenó al organismo competente adopte medidas para corregir la falla en la regulación consistente en la ausencia de un mecanismo que permita a las mujeres resolver los conflictos que suscite la solicitud de pago de su licencia de maternidad. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 47 y ss. Con base en la orden dictada por la sentencia en comento, el CNSSS expidió el Acuerdo 414 de 2009, por el cual se establecen unas medidas para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud relacionadas con las licencias de Maternidad.

⁵⁹² La Sentencia C-543 de 2007 declaró exequible el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente. M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 35. El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo determina: “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.”

⁵⁹³ M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 2.

La Sentencia T-413 de 2004⁵⁹⁴, con respecto al tema del allanamiento en la mora, realizó una aplicación *mutatis mutandi* de la jurisprudencia establecida para el pago de licencias de maternidad a los eventos de negativa por parte de las EPS de los pagos de incapacidades laborales por mora del empleador⁵⁹⁵. De su parte, la Sentencia T-468 de 2007⁵⁹⁶ realiza un recorrido y revisión jurisprudencial a propósito de los requisitos exigidos para obtener el reconocimiento de las incapacidades no profesionales, y reitera la teoría del allanamiento a la mora.

- **Planes adicionales de salud-preexistencias**⁵⁹⁷. Básicamente estos se refieren a las EPS que ofrecen los planes adicionales de salud, en donde se han dado múltiples confrontaciones entre las estipulaciones contractuales civiles o comerciales de los planes de medicina prepagada⁵⁹⁸, pólizas de salud o de los planes complementarios y los requerimientos de salud integral de las personas que han contratado tales servicios. Sea lo primero decir que sobre el

⁵⁹⁴ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 8 y ss. Véanse sobre el tema y en igual sentido las sentencias T-844 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 2; T-789 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 14; T-219 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 10; T-274 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 6; T-549 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 5; T-742 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 8.

⁵⁹⁵ La Sentencia T-789 de 2005 igual determinó que con relación al pago de incapacidades y al allanamiento a la mora por parte de la EPS la acción es procedente de manera excepcional, porque el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores. Así mismo, porque el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 12.

⁵⁹⁶ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 22 y ss. Véanse además las sentencias T-1059 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 9; T-094 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 4, y la T-761 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 10.

⁵⁹⁷ La preexistencia es "la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente en el momento de suscribir el contrato (de prestación de servicios de salud), y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios, es decir, no se encuentra amparada". Sentencia C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 15.

⁵⁹⁸ Según el artículo 1º del Decreto 1486 de 1994 (aclarado por el Decreto 1610 de 1995), es "El sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente Decreto, para la gestión de la atención médica, y la prestación de los servicios de salud y/o atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado. No se consideran como entidades de prepago aquellas que se limitan a otorgar descuentos sobre el costo de la utilización de los servicios de salud, que debe ser asumido por parte de un grupo de usuarios".

tema de los PAS, en especial de los planes de medicina prepagada, la Sentencia C-112 de 1998⁵⁹⁹ determinó la exequibilidad del artículo 169 de la Ley 100 de 1993⁶⁰⁰ al expresar que dichos planes son adicionales, adquiridos discrecionalmente por el interesado y sólo los pueden contratar quienes tengan el POS. Por tanto, es obvio que quien lo adquiera pague por él⁶⁰¹.

Es así como la Sentencia SU-039 de 1998⁶⁰² se refirió a los presupuestos fundamentales de la medicina prepagada. De un lado, el desarrollo de la libertad económica y la iniciativa privada, de otro lado, la prestación de un servicio público de salud ligado a su condición de actividad económica de interés social. Igualmente, determinó que por el carácter de adhesión reconocido a los contratos de medicina prepagada se demanda una máxima expresión del principio de la buena fe para la interpretación de tales contratos y de sus anexos. También se destacó que en el curso del contrato no es posible que la compañía de medicina prepagada modifique los términos del mismo en forma unilateral, excepto que se haya configurado una actuación originada en la mala fe del usuario⁶⁰³.

⁵⁹⁹ M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 22. Véase además la sentencia C-274 de 1996, M. P. Jorge Arango, p. 9.

⁶⁰⁰ En su aparte que determina: "...que serán financiados en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a las cotizaciones obligatorias previstas en el artículo 204 de la presente ley." p. 22. En el mismo sentido véase la Sentencia C-599 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 29.

⁶⁰¹ En consecuencia, la Corte Constitucional, en la sentencia en comento, solucionó en comienzo la controversia de la eventual gratuidad y universalidad de los planes complementarios, hoy planes adicionales de salud, a favor de la existencia de los mismos y de la forma de costearlos por parte de sus contratantes.

⁶⁰² M. P. Hernando Herrera Vergara, p. 15. Véase además la Sentencia C-274 de 1996, M. P. Jorge Arango Mejía, p. 9 y la Sentencia C-176 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 24. En cuanto al tema de la libertad y buena fe contractual y la necesidad de suscribirse de manera expresa, taxativa y particular las enfermedades o afecciones que, de acuerdo con la relación contractual, se van a excluir de la cobertura del seguro y de la obligación de prestación de determinados servicios, al inicio del respectivo contrato, véase la sentencia SU-1554 de 2000, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, p. 12.

⁶⁰³ Página 28 de la sentencia referida. Sobre el tema en general de los contratos de medicina prepagada véase las sentencias T-533 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 10; T-104 y T-105 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 16 y ss., y 6, respectivamente; T-689 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, p. 3; T-471 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 3; T-909 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 4; T-365 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 13 y ss., T-171 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 12, aquí se refiere a un contrato de seguro en el ámbito de la salud con una compañía de seguros y no a un contrato de medicina prepaga; T-065 de 2004, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 11; T-181 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 14; T-699 de 2004, M. P. Rodrigo Uprimny

Sobre el tema específico de las preexistencias y exclusiones en los planes adicionales de salud, en especial en los planes de medicina prepagada, abundante ha sido la jurisprudencia al respecto, de la cual podemos citar, a manera de resumen, la Sentencia T-765 de 2008⁶⁰⁴, de la que se destaca la reiteración de los criterios definidos por la jurisprudencia constitucional para determinar la prosperidad de la acción de tutela en los casos relacionados con los contratos de medicina prepagada⁶⁰⁵.

- Posición de las EPS e IPS con relación a los temas de conflicto señalados. La posición general de las EPS y de las IPS sobre los temas en comento podemos sintetizarla así⁶⁰⁶: Con relación a los temas de sostenibilidad económica, equilibrio financiero, cuotas moderadoras, copagos, periodos mínimos de cotización o negación de intervenciones, medicamentos o servicios de salud *No POS*, las empresas e instituciones han referido que es legal la aplicación de periodos mínimos de cotización, el cobro de copagos y cuotas moderadoras o la negación de solicitudes *No POS*, toda vez que las normas que regulan tales cuestiones están vigentes y son claras y expresas al respecto⁶⁰⁷. Sobre el tema de la integración vertical patrimonial la posición

Yepes, pp. 15 y ss., T-1012 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 8; T-1064 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 15; T-1217 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 9; T-660 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 28; T-196 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 16; T-650 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 10, entre otras, que se refieren al mismo tema.

⁶⁰⁴ M.P. Jaime Araújo Rentería, pp. 12 y ss.

⁶⁰⁵ Según la sentencia en cita, las empresas de medicina prepagada se encuentran obligadas a garantizar a sus afiliados la culminación de los tratamientos médicos en curso. Es por esto que las preexistencias médicas alegadas por la empresa, que no han sido expresa y específicamente excluidas del contrato de medicina prepagada no constituyen una razón válida a la luz de la Constitución y la ley para negar la prestación de los servicios de salud requeridos, o la continuidad en los tratamientos médicos en curso, y para efectos de la protección constitucional, se entienden incorporados al mismo, pp. 10 y ss. A manera de resumen jurisprudencial sobre el tema de las preexistencias, la continuidad en los servicios de salud, el allanamiento en la mora con relación a los PAS véase la reciente Sentencia T-158 de 2010. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁰⁶ Se presenta un breve resumen de las principales razones esgrimidas por las EPS para sustentar su posición frente a los temas de colisión seleccionados. Información que se extrae de las mismas sentencias de tutela o de las sentencias de constitucionalidad que fueron referidas en cada tema analizado.

⁶⁰⁷ Véase, por ejemplo, las sentencias T-376 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 3; T-801 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 4; T-581 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 6; T-648 de

sostenida fue que limitar la integración vertical constituía una violación del principio de confianza legítima, del principio de eficiencia y desconocimiento de los derechos de los usuarios, en especial del principio de progresividad⁶⁰⁸. Con relación a la independencia técnica y administrativa ha sido generalizada la defensa en cuanto se respete que solo el médico tratante adscrito a la EPS pueda decidir sobre una prescripción de medicamentos, intervenciones u otros servicios de salud⁶⁰⁹. En cuanto al tema de la mora en el pago de aportes y cotizaciones por parte de los empleadores se ha insistido en que la obligación de responder por la salud de los trabajadores dependientes recae como sanción en los empleadores morosos y no en la EPS, al igual que en el caso del reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional y reconocimiento y pago de licencias de maternidad⁶¹⁰. En estas últimas se han referido que es legal la negativa de su reconocimiento y pago cuando no se cotizó durante todo el tiempo de gestación⁶¹¹. Finalmente, en cuanto a los planes adicionales de salud y la aplicación de preexistencias han sido reiterativos los pronunciamientos respecto de la defensa de la libertad contractual de las partes, toda vez que tales planes tienen naturaleza contractual de tipo comercial o civil⁶¹².

Realizado el breve análisis normativo y jurisprudencial en los apartados anteriores, se pasará entonces a considerar los motivos de desarrollo o restricción de la libertad económica y de sus libertades derivadas, a la luz de lo hasta aquí expuesto.

2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 2; T-608 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 3, entre otras.

⁶⁰⁸ Véase la Sentencia C-1041 de 2002, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 50. Posición sostenida por Saludcoop.

⁶⁰⁹ Véase la Sentencia T-001 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 4.

⁶¹⁰ Véase la Sentencia T-413 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 4, y la T-680 de 2008, M. P. Nilsón Pinilla Pinilla, p. 2.

⁶¹¹ Véase la Sentencia T-947 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 4.

⁶¹² Véase la Sentencia T-765 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, pp. 3 y 4.

4.2 DESARROLLO O RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA, LA LIBRE EMPRESA Y LA LIBRE COMPETENCIA DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD Y DE LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SALUD POR LA NORMATIVA Y POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ANALIZADA

Señaladas las anteriores colisiones, se analizará en forma breve, desde la norma y las jurisprudencias aquí citadas: ¿el porqué se ha desarrollado o restringido el derecho a la libertad económica, el derecho a la libre competencia y el derecho a la libre empresa en lo relacionado con las EPS y las IPS del Régimen Contributivo?

- **Sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones.** En el tema general de la sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones la jurisprudencia referida anteriormente parece desarrollar el aspecto económico y financiero de tales entidades y aun del propio sistema. Desarrolla tal aspecto toda vez que una de las motivaciones efectivas en las consideraciones de las sentencias es el mantenimiento del equilibrio financiero de promotoras y prestadoras. De un lado, reconoce que es el propio Estado el que debe garantizar el derecho a la salud y la prestación de los servicios de salud. En ese contexto, ante el amparo por vía de tutela de un medicamento, procedimiento, actividad o servicio no contemplado en el POS, se debe respetar el contrato Estado-EPS y el equilibrio financiero del sistema y de la propia entidad. Por ello permite que se repita contra el Fosyga, en aras de preservar dicho equilibrio⁶¹³. De otra parte, también se ha permitido el desarrollo de los derechos económicos derivados de la libertad económica, ya que se han establecido claras y concretas reglas y

⁶¹³ Ver, entre otras, las ya referidas sentencias, SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-016 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-376 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño, T-648 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-517 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

subreglas jurisprudenciales que a manera de requisitos debe cumplir y demostrar el accionante en procura del amparo de su petición por fuera del POS, so pena de ser negado el amparo requerido⁶¹⁴.

- Integración vertical. Del tema de la integración vertical podría afirmarse que hasta la vigencia de la Ley 1122 de 2007 y de la Sentencia C-1041 de 2007⁶¹⁵ la libertad de empresa, libre competencia y en general el derecho a la libertad económica habían sido ampliamente protegidos e inclusive alentados por las normas vigentes y por las mismas sentencias, como una realidad económica y permitida por la propia Constitución y el legislador. No obstante, como se detalló en su momento, la Ley 1122 de 2007⁶¹⁶ condicionó la integración vertical a un 30% restringiendo la libertad económica de empresa y sus derechos conexos en un alto grado, restricción que, como se anotó, fue confirmada por la Sentencia C-1041 de 2007, modificando sustancialmente la posición sustentada en la Sentencia C-616 de 2001, esta vez haciendo prevalecer el fin legislativo del mejoramiento de la calidad del servicio de salud y controlar el abuso de la posición dominante de las EPS en el mercado, sobre la libertad de empresa y la libertad económica. Parece ser que la Ley 1122 de 2007 y la sentencia citada alejaran el sistema del modelo de competencia regulada en precios y producto y lo acercaran más a un modelo de regulación en la propia competencia.

- Independencia técnica y administrativa. Con respecto a la independencia técnica y administrativa, la libertad de empresa se ha visto ampliamente desarrollada y respaldada por la clara prevalencia de la posición jurisprudencial de sólo amparar el derecho a la salud y los servicios requeridos de salud, siempre y cuando los haya prescrito un médico adscrito a la entidad promotora.

⁶¹⁴ Ver las sentencias ya referidas T-1079 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-1276 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-676 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-004 de 2006, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-447 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶¹⁵ M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶¹⁶ Ver artículo 15 de la Ley 1122 de 2007.

En el mismo sentido, el respeto al tratamiento, medicamento o intervención que haya remitido el galeno respectivo o a la prescripción en sí que se haya establecido por dicho profesional⁶¹⁷. Sin embargo, tal autonomía ha cedido en casos de especial connotación en procura de la protección a poblaciones especialmente vulnerables como los niños y las niñas, el adulto mayor y las personas en estado de discapacidad, entre otras. Casos en los cuales se ha otorgado el amparo del medicamento, la intervención o de la actividad solicitada, aun en los eventos en los cuales no ha sido el médico adscrito a la EPS quien ha prescrito o remitido tal intervención, actividad o medicamento. Igual en los casos en los cuales la empresa respectiva no dio adecuado trámite a la solicitud o haya avalado en un comienzo la prescripción⁶¹⁸.

Importante ha sido también el tema del CTC⁶¹⁹ de las EPS, ya que si bien en comienzo podrían considerarse como instancias administrativas autónomas de dichas entidades, la normativa analizada al respecto y la jurisprudencia han sido enfáticas en afirmar que tales comités no son instancias de decisión médica ni tienen la competencia para desautorizar las decisiones de los médicos tratantes que de acuerdo con su conocimiento directo del paciente y con su idoneidad profesional son los que efectivamente conocen las necesidades de tratamiento de dicha persona. Sin perjuicio, que en casos en los cuales las órdenes del médico tratante sean evidentemente inapropiadas, se pueden desconocer por la entidad.

- **Contenido del POS.** Según el contenido del POS, más que la libertad económica, la libre competencia y la libre empresa en relación con las EPS, la normativa analizada y la jurisprudencia citada, podría afirmarse, pretenden en

⁶¹⁷ Al respecto véanse, entre otras, las ya referidas sentencias T-344 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-001 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶¹⁸ Ver, entre otras, las sentencias ya reseñadas T-004 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, T-083 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶¹⁹ Véase, entre otras muchas, la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

comienzo, como ya se había anotado, la sostenibilidad financiera y la protección del equilibrio económico del SGSSS⁶²⁰. La estructuración de reglas y subreglas jurisprudenciales, de requisitos para el amparo de medicamentos, y, por analogía, de procedimientos y actividades no contempladas en el POS, bajo la premisa de la necesidad del tratamiento, del servicio de salud o del medicamento, incluyen claros filtros de decisión sobre el amparo solicitado, que finalmente protegen el sistema y las propias EPS e IPS.

No obstante lo anterior, la garantía del derecho a la salud y de sus consecuenciales servicios de salud, entendidos como han sido asumidos en el presente trabajo, esto es, la seguridad social como un derecho irrenunciable a la calidad de vida y al bienestar personal y social y el derecho a la salud como un derecho constitucional fundamental a vida digna y con calidad no pueden ser estáticos e inmutables. Por ende, tampoco puede serlo el POS. Los principios de solidaridad, universalidad, integralidad y efectividad, así como los principios y preceptos constitucionales de dignidad, igualdad real y material, los principios de progresividad, accesibilidad y aceptabilidad, y los principios de obligatoriedad y garantía por parte del Estado y *pro homine* implican que tales derechos y dicho Plan no puedan ser inmutables ante las necesidades de protección del derecho a la salud en condiciones sociales cambiantes y bajo condicionantes específicos y reales. Por tanto, el POS tendrá que ser revisado periódicamente, por lo menos, como lo estipula actualmente la Ley 1122 de 2007.

La libertad económica de las EPS se ve entonces restringida por las sentencias y decisiones que amparan medicamentos, procedimientos, actividades y servicios por fuera del POS, toda vez que ordenan perentoriamente su

⁶²⁰ Véanse, entre otras, las sentencias ya referidas SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-1276 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-900 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-801 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, T-060 de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, T-443 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

reconocimiento y materialización. Sin embargo, la posibilidad de repetir contra el Fosyga por los gastos en que se incurra, de acuerdo con la sentencia de constitucionalidad y las sentencias de nulidad arriba referidas, es una decisión jurídica adecuada de conservación del equilibrio financiero de tales empresas⁶²¹, siempre y cuando la recuperación de dichos dineros sea, igualmente, expedita y oportuna a fin de no desestabilizar el flujo y la liquidez económica de las mencionadas entidades.

Del mismo modo, la libertad económica de las EPS se ve restringida con la sanción de poder recobrar del Fosyga sólo la mitad de las sumas adicionales que tengan que invertir en el reconocimiento de amparos de tutela de medicamentos, procedimientos, actividades o servicios por fuera del POS, en el evento contemplado en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, declarado condicionalmente exequible por la Sentencia C-463 de 2008. Restricción que se da con el fin de implementar un mecanismo para prevenir y corregir, según el propio concepto del MPS⁶²², asimetrías e ineficiencias, y permita la viabilidad financiera de los diferentes actores del sistema y, a su vez, impida la generación de barreras de acceso a poblaciones que presenten patologías de alto costo. Entonces, la restricción aquí planteada conlleva la búsqueda de la efectividad del SGSSS, pero igual su integralidad y sostenibilidad financiera, de tal forma que los medicamentos y demás servicios médicos o prestaciones de salud prescritos por el médico tratante no incluidos en el plan de beneficios de cualquiera de los regímenes legales vigentes sean en realidad oportuna y eficazmente suministrados.

⁶²¹ En Sentencia 110010324000200300327-01 de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 4 de septiembre de 2008, M. P. Mauricio Martínez, mediante la cual se decretó la nulidad de la Resolución 02312 de 1998 del entonces Ministerio de Salud, se afirmó que: "... el Fosyga está conformado por varias subcuentas independientes, entre las cuales se encuentra la de compensación interna, cuya finalidad principal es equilibrar el desbalance que pueda existir entre los ingresos por cotizaciones de las EPS y el monto de las unidades de pago por capitación reconocido por el sistema... Esto significa, en primer lugar, que el sistema no admite la existencia de desequilibrios y que, si llegaren a existir, el CNSSS es el encargado de compensarlos con los recursos del Fosyga...", pp. 7-8.

⁶²² Ver Concepto del Ministerio de la Protección Social en la Sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 9.

- **Cuotas moderadoras y los copagos.** En cuanto al tema de las cuotas moderadoras y los copagos es claro, en comienzo, que de acuerdo con lo analizado en las normas reglamentarias y en la propia jurisprudencia, igual se protege la libertad económica, la libre empresa y la libre competencia al amparar no sólo el equilibrio financiero del SGSSS y el de las propias EPS e IPS sino al propender por la racionalización del uso de los servicios de salud.

De otra parte, tanto la normativa vigente como la línea jurisprudencial al respecto son claras al afirmar que ni los copagos ni las cuotas moderadoras pueden ser barreras u obstáculos de acceso a los servicios de salud⁶²³. En consecuencia, la jurisprudencia constitucional, en general, ha limitado el cobro directo a las personas cuando, además de los requisitos de necesidad y el de haber sido el medicamento o el servicio prescrito por un médico adscrito a la EPS, el afiliado o el beneficiario no puedan, sin afectar su mínimo vital, pagar la respectiva cuota moderadora o el respectivo copago, según el caso. Nuevamente se limita el cobro de tales conceptos en aplicación del principio *pro homine* y de los principios de integralidad, continuidad, eficiencia y calidad del servicio de salud⁶²⁴.

- **Periodos mínimos de cotización.** En cuanto al tema de los periodos mínimos de cotización, sin duda, también fueron diseñados para la protección de la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema y de las entidades participantes como medida de cofinanciamiento del propio sistema, al asegurar una mínima permanencia del afiliado en él, hecho que redundaría en beneficio de las EPS e IPS al asegurar la financiación de las enfermedades de alto costo.

⁶²³ Al respecto ver, entre otras, las sentencias ya reseñadas T-328 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz, T-696 de 2006, M. P. Jaime Araújo Rentería, T-608 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶²⁴ No obstante, se debe recordar que la jurisprudencia constitucional, básicamente en sede de revisión de tutela, igual ha negado el amparo solicitado de no pago de cuotas moderadoras o de no pago de copagos, toda vez que la parte actora no ha demostrado su incapacidad económica, por lo cual se ha protegido la sostenibilidad y el equilibrio financiero de entidades y del sistema, y se han protegido también los recursos del Fosyga en pro de la solidaridad del sistema con las personas más pobres y vulnerables.

Pero en el mismo sentido de los copagos y de las cuotas moderadoras, los periodos mínimos de cotización no pueden convertirse en barreras de acceso de afiliados y beneficiarios a los servicios médicos necesarios para garantizar una vida digna, sin dolor y con la mayor calidad posible respecto de las personas que sufren de enfermedades catastróficas, ruinosas o de alto costo. En ese orden de ideas, la gran mayoría de las sentencias referidas constituyeron la protección de las personas en estado de necesidad y de imposibilidad de cubrir los costos porcentuales de su intervención quirúrgica, tratamiento o servicio médico, limitando la posibilidad de recobro directo de tales dineros, pero permitiendo el recobro de los mismos vía repetición ante el Fosyga⁶²⁵. Sin embargo, algunas sentencias negaron el amparo solicitado de no cancelación de sumas de dinero por efecto de falta de semanas cotizadas con anterioridad a los servicios médicos o prestacionales derivados de una enfermedad de alto costo, al comprobar que si bien tales servicios eran necesarios, la persona beneficiada podía, o su familia, correr con los costos que le representaba porcentualmente la falta de semanas cotizadas, sin que ello fuese un carga desproporcionada para ella o su familia, y por ende pusiera en peligro el mínimo vital del o la accionante. Lo anterior implica, una vez más, la protección de la sostenibilidad y el equilibrio financiero del sistema y la protección consecuencial de las propias EPS e IPS y con ello sus derechos económicos y libertades económicas.

- Mora en el pago de aportes y cotizaciones. En el tema de la mora en el pago de aportes y cotizaciones es contundente la normativa en la protección de los recursos económicos del sistema y de la delegación a las EPS de velar y recibir tales cotizaciones en nombre del SGSSS, en especial en delegación del Fosyga. Por ello, la normativa precitada determina claramente las sanciones derivadas del incumplimiento por parte del empleador, en el caso de los

⁶²⁵ Al respecto ver, entre otras, las sentencias ya referidas T-250 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-437 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-253 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-642 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, T-581 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

trabajadores dependientes, y del cotizante independiente en el pago oportuno de sus aportes o de sus cotizaciones⁶²⁶. Del mismo modo, es clara en estipular los mecanismos de vigilancia, control y cobro coactivo que tienen las entidades participantes del SGSSS en protección de tales sumas de dinero y obviamente de los propios derechos de afiliados y beneficiarios del régimen contributivo de salud.

En lo referente a la mora, y no obstante la determinación en principio de la responsabilidad en cabeza del empleador moroso de las obligaciones propias del sistema, la jurisprudencia analizada determina la responsabilidad solidaria de las EPS, ante la imposibilidad real de la prestación del servicio por parte del empleador o de su cubrimiento monetario, ya que el empleado no puede asumir la falta de atención por la negligencia del empleador o por la negligencia de la empresa promotora⁶²⁷. De la misma manera, cuando la EPS se allana a la mora al aceptar los pagos tardíos del empleador y no realiza ningún tipo de requerimiento por su mora en pro de su pago oportuno. La jurisprudencia, entonces, protege el derecho a la libre empresa y a la entidad como tal en la medida que la administradora haya sido diligente con sus propias obligaciones de cobro, control y vigilancia sobre la conducta del empleador o inclusive del trabajador independiente moroso con el sistema. Restringe en la medida que haya existido negligencia o allanamiento a la mora, evitando que el afiliado o beneficiario se vea desprotegido por la conducta de uno u otro; de todas formas, tanto la norma como la jurisprudencia analizadas protegen los intereses económicos de la empresa en la medida que la autoriza a repetir los gastos realizados en la atención de los accionantes, contra el empleador moroso.

⁶²⁶ Confróntense los artículos 22 y 161 de la Ley 100 de 1993.

⁶²⁷ Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993: “Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo”.

- **Reconocimiento y pago de las licencias de maternidad.** Las normas respectivas al reconocimiento y pago de las licencias de maternidad se encuentran claramente establecidas en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, en especial en el Decreto 047 de 2000, al estipular los requisitos para tal reconocimiento y pago por parte del SGSSS a través de las EPS⁶²⁸, lo cual busca la estabilización y sostenibilidad financiera del sistema y el equilibrio económico de éste y de las entidades participantes, por esa razón su proyección financiera y su liquidez. Empero, la jurisprudencia analizada, la cual ha tenido importantes puntos de inflexión interpretativa y de decisión, ha sostenido en forma predominante que en caso de mora del empleador o de la afiliada independiente sin que la EPS haya cobrado debidamente, en el caso de allanamiento a la mora del empleador sin haber realizado ningún tipo de requerimiento, o en el evento de falta de semanas cotizadas, la entidad debe reconocer y pagar la licencia de maternidad.⁶²⁹ En tal sentido la libertad económica se ha visto restringida en beneficio de las afiliadas cotizantes y de sus hijos.

- **Reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional.** Con respecto al reconocimiento y pago de incapacidades médicas

⁶²⁸ El artículo 3° del Decreto 047 de 2000, estipula: “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumpla con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

⁶²⁹ Bajo la regla jurisprudencial general, hoy matizada por la Sentencia T-204 de 2008, sistematizada por la Sentencia T-1223 de 2008 y reglamentada por el Acuerdo 414 de 2009 del CNSSS, que en aquellos casos en los que las semanas dejadas de cotizar al SGSSS correspondan a menos de dos (2) meses frente al total del tiempo de la gestación, se ordenará el pago de la referida licencia de maternidad de manera completa en un ciento por ciento (100%), y en los otros casos en los que las semanas dejadas de cotizar superaron los dos (2) meses frente al total de semanas que duró el período de gestación, el pago de la licencia de maternidad se hará de manera proporcional a dichas semanas. Las decisiones al respecto encuentran su fundamento en la protección preferente del recién nacido o del menor de edad, de la madre y del mínimo vital de ambos, toda vez que tal licencia reemplaza el salario o los ingresos de la madre trabajadora dependiente o independiente.

de carácter no profesional, la normativa vigente analizada es clara en determinar, ante el cumplimiento de los requisitos para acceder a tales incapacidades, quién es el responsable de su reconocimiento y pago, así como es clara en determinar quién es el responsable en caso de no cumplirse con tales requisitos. Lo anterior, en protección de la estabilidad, sostenibilidad y equilibrio financiero del régimen contributivo del SGSSS y obviamente de las mismas EPS e IPS.

No obstante, la clara determinación normativa de la Ley 100 de 1993 y de sus decretos reglamentarios⁶³⁰, aun de lo contemplado en el Código Sustantivo de Trabajo al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sido igualmente clara en sus decisiones cercanas, en que en los casos de mora por parte de los empleadores, sin que la EPS haya realizado actos de cobro o haya recibido en forma extemporánea los aportes y cotizaciones del empleador sin requerimiento alguno, por tanto allanándose a la mora del empleador, o allanándose a la mora del trabajador independiente, debe asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen no profesional a que tenga derecho el afiliado. La especial limitación es este punto obedece a la protección del mínimo vital de los afiliados, ya que las incapacidades sustituyen el salario o los ingresos de quien se encuentra en imposibilidad temporal de trabajar en forma dependiente o independiente, según el caso. Aquí la restricción a la libertad económica constituye un mandato de eficiencia a las EPS en la vigilancia, control y cobro a los afiliados o empleadores morosos, diligencia que contribuiría a la eficiencia general del propio SGSSS.

⁶³⁰ En especial los decretos: 783 de 2000, artículo 9° que determina: “El numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, quedará así: 1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión”. Y el Decreto 806 de 1998, artículo 80 que estipula: “Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas”.

- **Preexistencias.** El tema de las preexistencias, por ser netamente contractual, regido por las normas de derecho civil o comercial, es un típico ejemplo de la protección de los derechos de libertad económica, libertad de empresa y libre competencia estatuidos por nuestra Constitución Política y por la Ley 100 de 1993 a favor de las empresas oferentes de tales servicios y, desde luego, ampliamente desarrollada por tales normas y por las normas reglamentarias que rigen la oferta de los planes adicionales de salud⁶³¹. En comienzo, la libertad de competencia es muy amplia con relación a la oferta de los planes adicionales de salud, vigilados, mas no garantizados por el Estado⁶³². Por ello, la consagración de cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura pactada patologías anteriores a la firma del contrato es perfectamente válida, esto refuerza la libertad contractual de las partes involucradas. Sin embargo, y pese a la amplia libertad contractual en materia de planes adicionales de salud, en especial los referentes a los planes de medicina prepagada, por vía jurisprudencial y una línea clara de decisiones, se ha restringido y limitado la libertad contractual, como expresión de la libre empresa y la libre competencia hacia cláusulas contractuales con un contenido absolutamente específico y determinado. En consecuencia, no han sido de recibo las cláusulas abiertas e indeterminadas sobre la estipulación de preexistencias, y tampoco se ha aceptado la estipulación unilateral de preexistencias⁶³³.

⁶³¹ Ver artículo 169 de la Ley 100 de 1993. Igual véanse, entre otros, los decretos 1570 de 1993, 1486 de 1994, 806 de 1998 y 800 de 2003.

⁶³² Sólo limitado por el requisito de que el adquirente se encuentre previamente afiliado o tenga la calidad de beneficiario del régimen contributivo de salud del SGSSS, o haga parte de algunos de los regímenes excepcionados de salud, so pena de que la empresa oferente de tales planes tenga que cubrir las prestaciones y servicios médicos que el usuario no reciba por no haber estado afiliado al POSC, no obstante haber sido aceptado en tales planes adicionales.

⁶³³ La jurisprudencia ha sido contundente y clara en limitar los amplios márgenes contractuales indeterminados en una relación, que en comienzo no garantiza el Estado, pero que es vigilada y controlada por éste debido precisamente al objeto contractual de tales planes: la salud, en este caso, como un servicio de interés público ofrecido y prestado por empresas y entidades particulares. Véanse, entre otras, las sentencias ya citadas SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara, SU-1554 de 2000, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, T-533 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-196 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-765 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

La limitación a la libertad de contratación como atributo de la libertad económica obedece básicamente a la protección constitucional del principio de la buena fe como garante de actuación ajustada a derecho y a las buenas costumbres de los participantes en tales relaciones contractuales, en especial de la garantía de cumplimiento oportuno, continuo y eficiente de los servicios pactados, sin que la entidad contratista pueda válidamente escudarse en tecnicismos o recovecos normativos contractuales para negar la atención y prestación de los servicios adicionales de salud pactados en forma libre y voluntaria por las partes. El principio de la buena fe, en general, y de la buena fe contractual, en particular, ha influido para que por vía jurisprudencial, ampliamente reiterada, se restrinja la libertad económica, la libertad empresarial y la libre competencia de las entidades oferentes y prestadoras de planes y servicios adicionales de salud.

Reseña de otros países. En cuanto hace a Chile, México y España se puede señalar que en Chile ha prevalecido, según Quintero⁶³⁴, un modelo constitucional liberal, en el sentido que ha otorgado, en los casos de amparo del derecho a la salud, prioridad a lo pactado en los contratos de aseguramiento, y no se le ha asignado un peso especial a las circunstancias particulares de los usuarios del amparo. De todas formas, tal como lo determina el artículo 20 de la Constitución chilena, el *recurso de protección* no ampara todos los derechos⁶³⁵. En consecuencia, los derechos de seguridad social y el derecho de salud, excepto la libre elección del sistema de salud, no son objeto del *recurso de protección*, en comienzo. Sin embargo, bajo la técnica de la inclusión

⁶³⁴ Ob. cit, p. 12.

⁶³⁵ Según tal artículo, el recurso de protección ampara la privación, perturbación o amenaza por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales de los derechos contemplados en el artículo 19, numerales 1, 2, 3 inciso cuarto, y 4, 5, 6, 9 inciso final, y 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, numerales 19, 21, 22, 23, 24, y 25. Procede, también, en el caso del numeral 8 del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

implícita⁶³⁶ de estos derechos en derechos expresamente protegidos, la jurisprudencia de las cortes de apelación ha extendido el objeto de dicha tutela a los derechos de seguridad social en pensiones y salud⁶³⁷. Según el estudio realizado por Quintero⁶³⁸, de 18 sentencias de recurso de protección contra las ISAPRES se colige que las causas del recurso obedecieron en su mayoría a desafiliación unilateral por parte de las entidades, el aumento inconsulto en las tarifas de los planes, por prestaciones no cubiertas por el contrato y por trámites o dificultades administrativas internas. Pese a la prevalencia de los aspectos contractuales sobre las particularidades del usuario que interpone el recurso de amparo y del ánimo de lucro de las ISAPRES, se ha dicho que tales empresas se encuentran obligadas a prestar los servicios a todas las personas que contraten con ellas para tal fin y que la función social prima sobre el fin de lucro. Así mismo, se resalta que existe una valoración positiva del sistema de salud chileno y se reconoce la acertada participación del sector privado⁶³⁹. Por el contrario, se critica el recurso de protección, por considerarse un mecanismo discriminatorio y de efectos particulares⁶⁴⁰.

⁶³⁶ Véase Documento III. *El Amparo como garantía de los Derechos Constitucionales*. Disponible en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2040/6.pdf>].

⁶³⁷ Véase por ejemplo el fallo Rol n.º 5910-05 del 26 de enero de 2006. Primera Sala de la Corte Suprema de Chile. Redacción del señor Ministro Sergio Muñoz G. en el cual se protege el derecho a la salud de un menor en relación directa con su derecho esencial a la vida.

⁶³⁸ Ob. cit., pp. 267 y ss.

⁶³⁹ En Colombia, por el contrario, se vislumbra una creciente valoración negativa de la participación de particulares en el aseguramiento y la prestación de servicios de salud, tal como se puede concluir de las investigaciones *Dilemas en las decisiones en la atención en salud. Ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera*. Gloria Molina y otros. Universidad de Antioquia. 2009, y *El itinerario burocrático del sistema de salud colombiano*, investigación dirigida por César Abadía y Diana Oviedo. Universidad Nacional. 2009. Estas demuestran un alto grado de insatisfacción de los usuarios y actores del propio SGSSS en torno al acceso y a la prestación de los servicios de salud por agentes particulares. De su parte De Roux y Ramírez se refieren a que si la Constitución de 1991 dejó plasmada una amplia carta de derechos económicos, sociales y culturales [...] en esta década nos muestra que poco se avanzó en la efectividad de tales derechos, y que incluso en algunos casos se produjo una regresión. Si bien, continúan los autores, en la primera parte de la década hubo un progreso en el acceso a los servicios de salud, y un repunte en el empleo, hacia finales de la década, y en los primeros años del nuevo siglo se observa un incremento de los niveles de pobreza con las carencias asociadas en salud, educación y vida. Véase De Roux, Carlos Vicente y otro. *Derechos económicos, sociales y culturales, económica y democracia*. Santiago de Chile: Cepal, 2004. p. 26.

⁶⁴⁰ La autora Diana Quintero se refiere aquí al escrito *Derechos fundamentales y recurso de protección* de Gómez Bernal, Gastón, ediciones Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago de Chile, 2005, p. 267.

En el mismo sentido se afirma que Chile, desde principios de la década de los años noventa inició un proceso de reformas económicas conducentes a una economía de mercado abierto a la competencia, tiene una mayor reputación por el respeto a la propiedad privada y cumplimiento de contratos. Las cortes de justicia hacen cumplir la ley, y la ciudadanía tiene una clara conciencia de la importancia del imperio de la ley para garantizar las libertades individuales⁶⁴¹.

En México la tendencia a la apertura de los sistemas de seguridad social y de salud también ha sido en el sector privado en la provisión de servicios de salud. En tal sentido, Rojas Arreola señala que los modelos públicos basados en fondos de financiamiento colectivos y provisión de servicios integrales en función de la necesidad son desplazados por modelos duales, público-privado, basados en la competencia, la libertad de elección y la rotación de paquetes “compresivos” o “básicos” de servicios de salud en función de su costo. Por tanto, en un esquema de tal tipo, se refiere el autor, los beneficios no se otorgan en función de la necesidad sino en la capacidad contributiva individual y de pagos adicionales o sobre primas⁶⁴². Según el autor en cita, la divisa de las reformas parece ser clara: romper lo que se ha dado por llamar el “cuasimonopolio” del Estado en la prestación de servicios de salud y privatizar actividades estatales de carácter social potencialmente “rentables” para la empresa privada, llevando con ello la libertad de elección individual y de la competencia al terreno de la seguridad social y del derecho a la salud. En tal contexto, la garantía constitucional de la salud en el artículo 4º de la Constitución mexicana y el recurso de amparo que protege las garantías individuales parecen estar limitadas por la interpretación de los jueces en el sentido de proteger solo aquellos derechos que están expresados en leyes y no

⁶⁴¹ Véase Ampuero, Dora de. “La libertad económica y la prosperidad de las naciones.” *Revista Latinoamericana de política, economía y sociedad*. Bogotá: n°. 9, julio, 2006, pp. 60-63.

⁶⁴² Véase Rojas Arreola, Gonzalo y otra. *Seguridad Social en México: Presente y futuro en Simposio. Temas selectos de Salud y Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 34.

simplemente los que están expresados en su Constitución⁶⁴³, pese a que, según el artículo 107 de la Constitución mexicana, el *amparo* es genérico para todos los derechos y garantías constitucionales. En consecuencia, el derecho a la salud sería justiciable por vía del *juicio de amparo* a instancia de parte agraviada, y llevaría a que el derecho a la salud fuese un derecho fundamental para los mexicanos, ya sea que fuese prestado por entidades públicas o por actores privados.

En el caso de España, los *principios rectores de la política económica y social* – artículos 39 a 52: derechos a la salud, a una vivienda digna, entre otros, del capítulo III– no constituyen verdaderos derechos individuales, sino principios programáticos que requieren desarrollo legal, que sin dicho desarrollo no son exigibles directamente ante los Tribunales y cuya vulneración no es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El recurso de amparo en España sólo tiene por objeto la tutela de los “derechos fundamentales”, es decir, solo los consagrados en el capítulo segundo, y su sección primera⁶⁴⁴. Precisamente, el artículo 53.3 de la Constitución de España determina que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto por las leyes que los desarrollen.

⁶⁴³ Cfr. Castaño, Ramón A. *Los mandatos constitucionales sobre el derecho a la salud: Implicaciones de equidad y eficiencia. Documento de trabajo*, Bogotá: Economía. Serie de Documentos de Trabajo. Universidad del Rosario, n.º 3, julio de 2006.

⁶⁴⁴ Véase artículo 53.2 de la Constitución española de 1978.

5. PREVALENCIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA EN LAS COLISIONES ENTRE TAL DERECHO Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Analizadas las colisiones más frecuentes entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica se pasará a demostrar que en muchas de tales colisiones ha prevalecido la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud en cuanto las negativas, muchas veces reiteradas, de los servicios de salud a los afiliados y beneficiarios del POSC. De forma, que en dichas negativas ha prevalecido la racionalidad económica de las EPS involucradas sobre la racionalidad social que apareja su participación en el SGSSS. El ánimo de lucro sobre la salud y en muchas ocasiones sobre la vida digna y con calidad. Para tal demostración se confrontarán, en la mayoría de los casos de colisión señalados en el acápite anterior los principios de integralidad y continuidad de los servicios de salud frente al principio de eficiencia económica a fin de señalar la prevalencia de uno u otro principio; lógicamente cuando se asumen los principios de integralidad y continuidad de los servicios de salud como principios propios de la esencia del derecho fundamental a la salud y el principio de la eficiencia económica como principio propio e inherente de la libertad económica.

En ese orden de ideas, se entenderá que el principio de integralidad corresponde al cubrimiento de todas las contingencias que puedan afectar el derecho fundamental a la salud y el cubrimiento de todos los servicios de salud requeridos para enfrentar tales contingencias⁶⁴⁵. En tal sentido la Ley 100 de 1993 es determinante en el numeral 3º del artículo 153 al señalar la protección

⁶⁴⁵ Principio que se encuentra estipulado en el literal d) del artículo 2º de dicha ley, en cuanto señala que la integralidad es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población, y que para tal efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta ley.

integral como uno de los fundamentos básicos del servicio público del SGSSS, en cuanto estipula que el SGSSS brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del POS. De igual manera, la Corte Constitucional ha manifestado que: “(...) la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley”⁶⁴⁶. Según la Corte, el principio de integralidad encuentra asidero en la medida que: “(i) garantiza la continuidad en la prestación del servicio, y (ii) evita a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”⁶⁴⁷. Doctrinalmente, Redondo Gómez señala que para que un servicio se preste con integralidad requiere cumplir los principios operativos de oportunidad, suficiencia, eficacia y calidad⁶⁴⁸.

A su vez, el principio de continuidad será entendido como la prestación constante y necesaria de los servicios de salud, tratamientos, procedimientos o disponibilidad de medicamentos sin interrupciones injustificadas que pongan en peligro la salud o vida del paciente. Al respecto la Corte Constitucional insiste en afirmar que las entidades públicas y privadas responsables de procurar el servicio público de salud no pueden suspender la prestación de tratamientos

⁶⁴⁶ Sentencias T-512 de 2008. M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 14. Véase también la Sentencia T-136 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3.

⁶⁴⁷ Sentencia T-512 de 2008, p. 14.

⁶⁴⁸ Véase Redondo Gómez, Herman y Fernando Guzmán Mora, *La Reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. El desastre de un modelo económico*. Medellín: Diké, 2000, p. 52.

médicos en curso, sin que para ello medie una justificación constitucional admisible. Es decir, dichas entidades no pueden abstenerse de ninguna manera de su obligación constitucional y legal de procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de salud de sus pacientes, así como tampoco del suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados⁶⁴⁹. En igual sentido, la Corte ha señalado que el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios médicos iniciados debe ser entendido conforme a dos criterios: (i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios; y (ii) el principio de la buena fe y la confianza legítima⁶⁵⁰. Ya desde la Sentencia T-170 de 2002⁶⁵¹, la Corte había enumerado algunas de las razones que no constituyen un fundamento legítimo para que las entidades prestadoras de servicios de salud se abstengan de dar continuidad en la prestación de los servicios médicos iniciados con anterioridad a la negativa de la entidad. Estas son: “(i) porque la persona encargada de hacer los aportes dejó de pagarlos; (ii) porque el paciente ya no está inscrito en la EPS correspondiente, en razón a que fue desvinculado de su lugar de trabajo; (iii) porque la persona perdió la calidad que lo hacía beneficiario; (iv) porque la EPS considera que la persona nunca reunió los requisitos para haber sido inscrita, a pesar de ya haberla afiliado; (v) porque el afiliado se acaba de trasladar de otra EPS y su empleador no ha hecho aún aportes a la nueva entidad; o (vi) porque se trata de un servicio específico que no se había prestado antes al paciente, pero que hace parte integral de un tratamiento que se le viene prestando”⁶⁵².

⁶⁴⁹ Véase la Sentencia T-363 de 2007. M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 7. De su parte, la Sentencia T-1198 de 2003 aclaró que los criterios para que las EPS garanticen la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: “(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.” M. P. Eduardo Montealegre Lynett, pp. 9 y 10.

⁶⁵⁰ Véase la Sentencia T-363 de 2007. M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 7.

⁶⁵¹ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 12 y 13.

⁶⁵² La Sentencia T-138 de 2003 resumió tales condiciones en los siguientes términos: “Para que se continúe con un tratamiento médico o con el suministro de un medicamento es necesario determinar si la

En cuanto a la eficiencia económica, se entenderá como el mayor logro de los objetivos económicos de la empresa. Objetivos que normalmente se consiguen por medio de la maximización de los beneficios, obteniendo el máximo ingreso al mínimo costo y adoptando el tamaño adecuado para aprovechar las economías de escala. Dicho de otra forma, la eficiencia económica requiere la eficiencia en el ingreso, eficiencia en los costos y eficiencia de escala. Según Contreras Bautista, la empresa debe comportarse racionalmente, teniendo como objetivo maximizar sus ganancias o beneficios a través de los que produce, de acuerdo con el presupuesto que tenga para ello, y agrega “que podría decirse que la eficiencia en la producción de una empresa se alcanza cuando maximiza sus ganancias al obtener la más alta producción posible mediante la combinación de los factores, según el presupuesto de la misma y el precio de los factores y de los productos”⁶⁵³.

En el anterior contexto la colisión reiterada entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica, entendida en su derivación de derecho a la libertad de empresa por parte de las EPS e IPS del régimen contributivo, es un indicador importante de búsqueda permanente de tales entidades del logro de una mayor eficiencia económica, que traducida en el concepto de ánimo de lucro y en lógica de rentabilidad se ha podido visibilizar en los recientes informes de rentabilidad de algunas EPS⁶⁵⁴. Así mismo, se han podido visibilizar en estudios académicos sobre la Tasa Mínima Requerida de

suspensión de los medicamentos viola derechos fundamentales, y para esto se deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Debe ser un médico tratante de la EPS quien haya determinado el tratamiento u ordenado los medicamentos; 2. El tratamiento ya se debió haber iniciado, o los medicamentos suministrados (...). Esto significa que debe haber un tratamiento médico en curso. 3. El mismo médico tratante debe indicar que el tratamiento debe continuar o los medicamentos deben seguir siendo suministrados.”. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 11.

⁶⁵³ Ob. cit., pp. 18 y 19.

⁶⁵⁴ Véase por ejemplo los datos de la revista *Semana* en los cuales aparece dentro de las 100 mejores empresas de Colombia 5 EPS para el año 2008 y, para el año 2009 un número de 6 EPS. Ellas son: Saludcoop, Coomeva, Salud Total, Famisanar, Susalud (EPS Sura), EPS Sanitas. Disponible en [<http://www.semana.com/noticias-economia/100-empresas-grandes-colombia/123450.aspx>].

Rendimiento⁶⁵⁵, en los cuales se demuestra que es una constante del sector salud que el rendimiento del patrimonio en todos los años del estudio referido ha estado por encima de la DTF, “lo cual reitera que el sector asegurador de la salud en Colombia es un paciente vigoroso y con una alta esperanza de vida, constituyéndose de paso el aseguramiento en salud como uno de los mejores negocios en Colombia, toda vez que sus patrimonios siempre han rentado por encima de la oferta en el mercado de capitales”⁶⁵⁶

Lógicamente el ánimo de lucro es una parte inherente de la libertad económica y de la libertad de empresa. Igual lo es la lógica de la rentabilidad. También es lógico que la rentabilidad se logre por medio de contención de costos. En el

⁶⁵⁵ Según Peláez Quintero, la TMRR permite advertir si una inversión es o no rentable o puede interpretarse como la mínima rentabilidad que el propietario espera obtener de su inversión en la empresa y está asociada con el riesgo. Confróntese Peláez Quintero, Jaime Alberto. *El Negocio de la Salud en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008, p. 136. Según el mismo autor, en conferencia de fecha 16 de junio de 2010 servida en la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, señaló que: “Las aseguradoras que concentran el 72% del negocio de aseguramiento en Colombia crecieron además en activos (incremento en inversión y cartera) con 16,02% mientras las 100 crecieron 9.39%, siendo lo más significativo lo que pasó con el patrimonio (razón de ser del negocio, que generalmente crece por efecto de haber obtenido utilidades en el ejercicio), aumentándose casi una cuarta parte (23.86%), que comparativamente con las 100 fue excelente, dado que este último tan sólo ascendió 3.47%, evidenciándose la fortaleza patrimonial de las empresas más grandes del sector salud.” También afirmó que: “Cuando la economía creció 0.4% en 2009, en medio de la peor crisis mundial en décadas, con tasa de inflación del 2% y un nivel de desempleo del 14%, las aseguradoras en salud del país ganaron 27 (42%) posiciones en el top de las 100 más grandes empresas en Colombia por dinamismo en ventas con un incremento del 18.25%, mayor que el de las 100 en su consolidado que se situó en -2.97% y de las 16.946 empresas del sector real que fue de 0.01%, incluyendo 1 más que en 2008.” Igual, señaló Peláez Quintero, que: “Como si fuera poco la anterior, las empresas del sector salud siempre han generado en el consolidado utilidad operacional y neta, especialmente neta, con un crecimiento de 22.74%, toda vez que en 2008 fue de \$34.956 millones para un margen de 0.58% y pasó a 2009 en \$43.763 millones, es decir un margen de 0.60% (mejora levemente en medio de la crisis, cuando las 100 crecieron 14.11%). Analizado el aseguramiento como negocio en 2009 por medio de la T.M.R.R, como se observará más adelante, enseña que la esencia del negocio de la salud es la de un “paciente con buena salud financiera, que esta vivito y coleando”, por cuanto tanto el rendimiento operativo del activo ROA (2.05%), superó la inflación (2%), y éste el costo de capital, en este mismo sentido el ROE, fue de 5.70%, superior a la DTF como tasa de referencia que estuvo en 4.11%.”. También aseguró el citado autor que: “Las aseguradoras en salud disminuyeron 2 puntos porcentuales en la relación pasivos totales en función de los activos totales (endeudamiento), es decir que lograron mayor gestión empresarial asumiendo menos deuda con el sector financiero.”

⁶⁵⁶ Ob. cit., p. 208.

caso de las EPS parece ser que la interposición de barreras de acceso al servicio de salud se ha constituido en una forma importante de contención de costos según señalan algunos recientes estudios al respecto⁶⁵⁷. Igual parece demostrarlo las sentencias de revisión de tutela analizadas en este trabajo. Por ello, en el análisis propuesto se confrontarán los principios referidos a fin de demostrar o no la prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud a través de la contención de costos vía barreras de acceso⁶⁵⁸.

En consecuencia, en este capítulo se mantendrá la referencia al POSC y se analizarán los casos más representativos de colisiones entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica. Por tanto, se

⁶⁵⁷ Véase por ejemplo, la reciente investigación realizada por la Universidad de Antioquia y otros actores institucionales denominada *Dilemas en las decisiones en la atención en salud. Ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera*. Editores académicos Gloria Molina M. y otros, 2009, el documento Informe sobre la Salud. *El Derecho a la Salud en perspectiva de Derechos Humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*. Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos, mayo de 2008 y el propio estudio de la Defensoría del Pueblo antes citado. También véase el Informe 112 de la Defensoría del Pueblo: *Evaluación de los servicios de salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud. Índice de Satisfacción de los Usuarios de Salud –ISUS–*, 2005. En el mismo sentido véase el reciente informe de la investigación realizada por la Universidad Nacional: *El itinerario burocrático del sistema de salud colombiano*, dirigida por César Abadía y Diana Oviedo, del cual se resalta que las EPS lo que más desautorizan (45%) son los tratamientos que incluyen medicinas, cirugías, equipos y otros materiales; en segundo orden, los exámenes de laboratorio (24,9%) y, en tercer lugar, las citas de control (17%), entre otros. Según el estudio, en un 55% de los casos no se justificaba la desautorización de las EPS a esos tratamientos ya que efectivamente estaban incluidos en el POS. Véase Abadía, César y Diana Oviedo. *El itinerario burocrático del sistema de salud colombiano*, Universidad Nacional, 2009. Por su parte, la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (en adelante: ACEMI) señaló: “el estudio anteriormente referido no se hizo con rigor científico y que los resultados divulgados evidencian que no son consistentes con la realidad”. *El Tiempo*, 5 de septiembre de 2009. Véase [EL TIEMPO.COM].

⁶⁵⁸ Según Yepes, existen dos tipos de barreras de acceso a los servicios de salud: las estructurales y las oportunistas o de racionamiento. Las primeras “están constituidas por las limitaciones en cobertura de servicios del POS”. También considera como barreras estructurales las económicas, determinadas por el cobro de las cuotas moderadoras y los copagos. Las segundas “son aquellas que los aseguradores establecen con miras a disminuir costos y reducir el uso de servicios por parte de los afiliados. Consisten generalmente en una combinación de medidas que le dificultan el uso de los servicios a los afiliados obligándolos a desplazarse a diferentes sitios para realizar trámites de autorizaciones, para hacerse exámenes diagnósticos y para obtener medicamentos”. Véase Yepes, Francisco J, y otros. *Luces y sombras de la reforma de salud en Colombia. Ley 100 de 1993*. Bogotá: Mayol Ediciones. 2010. Disponible en: [http://www.idrc.ca/openebooks/486-4/#page_15].

privilegiarán los eventos de negación de los contenidos del POS, de la negativa de los contenidos no incluidos en el POS y de los eventos de negación de licencias de maternidad y de incapacidades por enfermedad general para efecto del análisis de la prevalencia del derecho a la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. En tal sentido se han retomado las sentencias más representativas en cada uno de los eventos propuestos y que fueron detalladas –en términos de sus considerandos y de sus decisiones– en el capítulo anterior. Esta vez se refiere al asunto específico de la solicitud de la parte actora y de la negativa de la EPS respectiva.

5.1 EVENTOS DE NEGACIÓN DE CONTENIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC

Según los análisis ya referenciados de la Defensoría del Pueblo⁶⁵⁹, el 53.38% de acciones de tutela correspondió para lo corrido del 2006 al 2008 a negativas de solicitudes de contenidos del POS, discriminados como señala el estudio, así: 66.9% de los tratamientos, el 74.8% de cirugías, el 77.7% de los procedimientos, el 48.2% de las prótesis y órtesis, el 76.7% de las citas médicas y el 62.6% de solicitudes de exámenes tutelados se encontraban efectivamente en el POS y a pesar de ello fueron negados por las entidades involucradas. Esto implica la negación reiterada de los propios contenidos legales y reglamentarios del POSC, posiblemente como un mecanismo de contención de costos por parte de tales empresas⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Véase *La Tutela y el derecho a la salud*. 2006-2008. Defensoría del Pueblo, 2009.

⁶⁶⁰ En igual sentido la investigación: *Vulneración del derecho a la salud expresado en las solicitudes de tutela tramitadas en el Municipio de Medellín. 2001-2007*, realizada por Claudia Milena Rodríguez, egresada de la Maestría de Salud Pública de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, mostró que el 88% de las personas afiliadas al régimen contributivo y el 57% al régimen subsidiado que interpusieron la acción de tutela solicitaban garantizar atenciones en salud, medicamentos o insumos incluidos en el POS. En esta investigación de tipo cuantitativa se analizaron 384 acciones de tutela relacionadas con la salud. También la investigación *Reconstrucción del proceso de tutela en salud, desde la perspectiva de los usuarios en Medellín, 2002-2007*, realizada por María Esperanza Echeverry López y otros en Medellín señala que quienes más utilizan la acción de tutela son los afiliados al régimen contributivo por falta de recursos económicos y de oportunidad en la atención, la negación del servicio por

En tal sentido, se analizan las siguientes sentencias de revisión de tutela que contienen importantes pronunciamientos sobre negativas de solicitudes relacionadas con el POSC y que sus pedimentos se encontraban en dicho plan:

- En casos reiterados la negativa de la implantación del lente intraocular ha suscitado la revisión del tema por parte de la Corte Constitucional. En efecto, durante varios años y en numerosas sentencias el alto Tribunal se ha referido al tema de la implantación de lente intraocular para cirugía de cataratas y en todas las veces ha señalado la inclusión de tal lente en dicho procedimiento. La Sentencia T-1081 de 2001⁶⁶¹ revela en forma temprana la posición de la entidad de negar el procedimiento citado, toda vez se aduce que autoriza el procedimiento quirúrgico pero deniega el suministro de lente intraocular. Negativa que la EPS realiza con base, según dicha Entidad, en claras disposiciones legales que se refieren al hecho de que tal lente está por fuera de las obligaciones que la ley les atribuye a las EPS. No obstante que las mismas normas citadas por la EPS en cuestión incluían expresamente el procedimiento solicitado en forma integral⁶⁶². En ese mismo sentido, sentencias tales como: la T-474 de 2002⁶⁶³, la T-852 de 2003⁶⁶⁴, la T-007 de 2004⁶⁶⁵ y la T-475 de 2008⁶⁶⁶ han reiterado la inclusión del lente intraocular en el POSC.
- En igual dirección se encuentra el tema del tejido corneal como parte integrante e imprescindible del procedimiento del trasplante de córnea.

falta de semanas cotizadas o de inclusión en el plan de beneficios cubierto por el seguro, y el aplazamiento a la provisión parcial de la atención solicitada.

⁶⁶¹ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 6.

⁶⁶² Se hace referencia a que en el Capítulo V de la Resolución 5261 de 1994 “Actividades y Procedimientos Médico - Quirúrgicos”, en el numeral 5 “Globo y Músculo Oculares”, bajo los códigos 02905 y 02906, aparecen los procedimientos “Extracción catarata más lente intraocular” e “Inclusión secundaria de lente intraocular”.

⁶⁶³ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 4-5.

⁶⁶⁴ M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 6

⁶⁶⁵ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 6.

⁶⁶⁶ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 10.

Como ejemplo de ello la Sentencia T-221 de 2004⁶⁶⁷. En este caso la entidad accionada niega lo referente al tejido corneal por no estar incluido en el manual de intervenciones y procedimientos y que, en consecuencia, no puede ser asumido por esa entidad. Sin embargo, la Corte afirma que la inclusión expresa del procedimiento de trasplante de córnea en el POSC implica que todos los implementos necesarios para su realización también lo están. En consecuencia, el tejido corneal, imprescindible para la realización de tal cirugía, igualmente está incluido.

- En otros casos las entidades accionadas niegan el procedimiento aloinjerto hueso tendón hueso con base en que tal procedimiento está excluido del POS. Como ejemplo de ello, en la Sentencia T-859 de 2003⁶⁶⁸ las entidades accionadas niegan el procedimiento citado ya que según ellas el parágrafo del artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 no lo incluye y el artículo 18 excluye aquello que no esté incluido expresamente en el POS⁶⁶⁹. No obstante, la Corte señaló que si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos requeridos para su realización, salvo que sea expresamente excluido uno de tales elementos. Al respecto aclara la Corte que el artículo 18 literal i) de Resolución 5261 de 1994, conforme a la cual están excluidas las *“actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en el presente Manual”*, no prohíbe el suministro de los elementos requeridos para realizar el procedimiento, intervención o actividad, sino que prohíbe actividades, procedimientos e intervenciones no contenidas en el manual. Es decir, estaría prohibido, por ejemplo, la

⁶⁶⁷ M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 3.

⁶⁶⁸ M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 8.

⁶⁶⁹ Es de anotar que en este caso el MPS no consideró que “esté absolutamente claro que el injerto esté excluido del P.O.S. pues, aunque no existe mención en la disposición aducida por los demandados, también es claro que no se refiere a injertos. Además, procedimientos con injertos están previstos en el manual (P.O.S.)”, p.8.

“corrección quirúrgica ligamentaria sustitutiva por auto-injerto o alo-injerto”, si no estuviera incluido en el POSC⁶⁷⁰.

- Eventos en la línea que se trata, también han sido los relacionados con el tema de las prótesis. La Sentencia T-860 de 2003⁶⁷¹ es muestra de la negativa de la EPS para autorizar el cambio de *socket*, alineación y mano de obra solicitados por el actor en el entendido que las normas vigentes para tal efecto –Manual de Medicamentos y Terapéutica (Acuerdo 83 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud), el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud “MAPIPOS”, el Decreto 1938 de 1994 y el Decreto de 1998– determinaban que lo solicitado se encontraba fuera de su órbita de cubrimiento. La Corte señaló en este caso que los objetos ortésicos contemplados en el POS no tienen valor alguno intrínseco, están incluidos para que cumplan con el objetivo de reemplazo de un miembro vital que contribuya a mantener y mejorar la calidad de vida de la persona amputada. Por tanto, el aditamento que hace funcional la prótesis (*socket*), junto con la adaptación del mismo a las necesidades del paciente (alineación y mano de obra) es una prestación incluida en los beneficios del POS⁶⁷². Sentencia que se fundamentó en las consideraciones de la Sentencia T-941 de 2000⁶⁷³ en cuanto al tema de las prótesis, y en la Sentencia T-428 de 2003⁶⁷⁴ sobre el tema propiamente del *socket*, esta vez para la prótesis de un miembro inferior.
- Finalmente como ejemplos de otros casos en los cuales se han negado servicios POS es posible citar las sentencias T-538 de 2004⁶⁷⁵, T-1185 de

⁶⁷⁰ Sentencia T-859 de 2003, pp. 13-14.

⁶⁷¹ M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p. 4.

⁶⁷² Cfr. Sentencia T-860 de 2003, p. 15.

⁶⁷³ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 12.

⁶⁷⁴ M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 1.

⁶⁷⁵ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 10.

2005⁶⁷⁶ y la T-353 de 2007⁶⁷⁷. En su orden, se niegan aun estando en el POSC el suministro de oxígeno por pipetas, y en cambio se le reemplaza por oxígeno por regulador mucho más oneroso para el actor, mientras que el oxígeno por pipetas es más oneroso para la EPS; se niega medicamentos como la “Prednisolona, C de Calcio, Ibuprofeno” contenida en el POS; y se niega por parte de una IPS insumos como “etanolamina y aguja para la aplicación”, necesarios para la realización de un procedimiento sí incluido en el POS y debidamente autorizados por la EPS. De su parte, la Corte insiste en que en el primer caso la EPS no puede imponer un obstáculo económico injustificado a las personas no previsto en la ley, para que él mismo indirectamente costee su tratamiento⁶⁷⁸; en el segundo, reitera que la EPS es la obligada a garantizar el suministro de tales medicamentos por estar incluidos en el POS⁶⁷⁹; y en el tercer caso, es clara en señalar que cuando un procedimiento, actividad o intervención se encuentra incluido en el POS, se entienden incluidos los insumos necesarios para practicarla⁶⁸⁰.

En los eventos descritos de negación de servicios incluidos en el POSC, la confrontación entre los principios de integralidad y de continuidad derivados del derecho fundamental a la salud se ven claramente en colisión con el principio de eficiencia económica vía contención de costos e implementación de barreras al acceso efectivo al goce real de tales servicios de salud contemplados en el propio POSC.

Efectivamente, en todos los casos señalados –a manera de muestra de la innumerable cantidad de acciones de tutela interpuestas en referencia con el

⁶⁷⁶ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 18.

⁶⁷⁷ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3.

⁶⁷⁸ Véase Sentencia T-538 de 2004, p. 11.

⁶⁷⁹ Véase Sentencia T-1185 de 2005, p. 18.

⁶⁸⁰ Véase Sentencia T-353 de 2007, p. 3.

derecho fundamental a la salud en Colombia⁶⁸¹— la negativa de la correspondiente EPS se debe a decisiones de tipo administrativo, decisiones más de orden empresarial que de contenido social. Las decisiones de carácter administrativo se evidencian en los motivos alegados por las EPS en cuanto coinciden con argumentos consecuencialistas y no finalistas de la interpretación y aplicación de la norma de salud. Esto es, de mayor entidad negativa para los usuarios, toda vez que se niegan servicios de salud que están efectivamente en el POSC y que son de responsabilidad irrenunciable de tales entidades por mandato de ley. A más que dichos servicios de salud han sido remitidos por un profesional de la salud adscrito a la respectiva EPS, hecho que enfatiza la toma de decisiones de tipo administrativo y empresarial por parte de cada una de tales entidades, aun por encima de las decisiones de tipo técnico-científico tomadas por el médico tratante en cada caso.

En ese orden de ideas, las negativas de las EPS basadas en la no inclusión del medicamento, procedimiento, intervención u otros servicios de salud en el POSC, aun registrado como tal, señala la prevalencia de intereses societarios y económicos sobre los intereses de los pacientes y sobre la propia función social que debe tener una entidad promotora o prestadora de servicios de salud. Lo anterior nos reconduce a la prevalencia del principio de la eficiencia económica sobre los principios de integralidad y continuidad de los servicios de salud.

⁶⁸¹ Recuérdese que según el estudio de la Defensoría de Pueblo *La Tutela y el Derecho a la salud. 2006-2008*, del total de 884.271 acciones de tutela interpuestas en los años 2006, 2007 y 2008, el 39.2% fueron acciones en las que se invocó el derecho a la salud, es decir, un número de 344.865 tutelas relacionadas con el tema de la salud en tal vigencia, para un promedio anual en dichos años de 114.955 tutelas; y que según tal estudio, el 78.1% de dichas tutelas se instauró contra las entidades de aseguramiento del SGSSS que administran el régimen contributivo y subsidiado⁶⁸¹, y de tal porcentaje, el 53.38% corresponde a negativas de los contenidos del POS.

5.2 EVENTOS DE NEGACIÓN DE CONTENIDOS NO INCLUIDOS EN EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC

Según el estudio de la Defensoría del Pueblo⁶⁸², el 76.5% de los medicamentos tutelados corresponde a medicamentos no estipulados en el POS. Igualmente, muchos son los procedimientos, servicios de salud y otras solicitudes que han sido descritas en las acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional como negadas por las EPS por no estar incluidos en el POSC. De estas se resaltan, además de las que se refieren a los medicamentos no incluidos en el POSC, los servicios no contemplados en el POSC, las solicitudes relacionadas con la petición de audífonos, la realización de cirugías o procedimientos que en comienzo han sido considerados de tipo estético, lo concerniente a exámenes médicos y lo relativo a las solicitudes de bolsas de colostomía. A continuación se detallará brevemente y a manera de ejemplo los casos señalados.

- El tema de los medicamentos no incluidos en el POSC, tal como lo demuestra el alto porcentaje de acciones de tutela que refiere la Defensoría del Pueblo es un caso paradigmático en el contexto del SGSSS. Las causas de tal fenómeno⁶⁸³ –aun cuando el propósito de este trabajo no es el de realizar un estudio sobre las causas de dicho suceso– pueden ser, entre otras, la demanda inducida por parte de los médicos tratantes, la presión comercial de las compañías farmacéuticas o simplemente la necesidad real de uno u otro medicamento no incluido en el POS y que derive un mayor y mejor beneficio o resultados en el tratamiento respectivo que aquellos medicamentos que se encuentran en el listado del POS. Uno de los primeros conflictos relacionados con el tema de los medicamentos no incluidos en el POS fue relacionado con los antirretrovirales. Precisamente,

⁶⁸² Véase ob. cit.

⁶⁸³ Véase al respecto de las causas del alto porcentaje de acciones de tutela por medicamentos no POS el reciente estudio de Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Acceso a medicamentos y patentes, un conflicto de derechos y una propuesta alternativa para su conciliación: una visión desde la nueva economía institucional*. Bogotá, Tesis de Maestría. Universidad Externado de Colombia, 2009.

la Sentencia SU-480 de 1997⁶⁸⁴ es altamente ilustrativa del tema anunciado. En ella se da cuenta de la petición de zidovudina y zalcitavina; ambos antirretrovirales indicados por el médico tratante. Por su parte, la Sentencia T-344 de 2002⁶⁸⁵ se refiere a la solicitud del medicamento etanercept en ampollas de 25 mg/subcutáneo remitido por el médico tratante y negado por el CTC de la respectiva EPS con la argumentación de que tal medicamento no se encuentra en el listado del POS, que no se habían utilizado todos los medicamentos posibles para tratar la enfermedad y que no existía evidencia de haberse agotado las posibilidades terapéuticas incluidas en el POS para el tratamiento de la enfermedad denominada como "artritis reumatoidea". Desde las anteriores tutelas la Corte Constitucional determinó que: el criterio del médico tratante prevalece sobre el concepto del CTC, y que las EPS tienen la obligación de suministrar a sus afiliados medicamentos excluidos del POS cuando: (i) la falta del medicamento excluido amenaza los derechos fundamentales a la vida, la dignidad o la integridad física; (ii) el medicamento no puede ser sustituido por otro de los contemplados en el POS, o que, pudiendo serlo, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan; (iii) el paciente no pueda sufragar el porcentaje que la EPS está legalmente autorizada para cobrar y no pueda acceder a él por otro plan de salud; y (iv) que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliado el paciente que demanda el servicio⁶⁸⁶, y podría agregarse; (v) que no es necesario que sean probados todos y cada uno de los medicamentos incluidos dentro del POS para poder recurrir a uno que no lo esté. En tal sentido pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias T-236 de 1998⁶⁸⁷, T-1164 de 2005⁶⁸⁸, T-511 de 2007⁶⁸⁹ y por supuesto la Sentencia T-760 de 2008⁶⁹⁰.

⁶⁸⁴ M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸⁵ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁸⁶ Véase sentencia T-344 de 2002, p. 12.

⁶⁸⁷ M. P. Fabio Morón Díaz, p. 8.

⁶⁸⁸ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2.

⁶⁸⁹ M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 7 y 8.

⁶⁹⁰ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 88.

- Con relación a los procedimientos no contemplados en el POSC, diferentes a medicamentos, puede señalarse que también ha sido de mucha ocurrencia la negativa de tales procedimientos con base en la no inclusión expresa de los mismos en el POSC. Entre ellos, se encuentran los relacionados con exámenes médicos, procedimientos y cirugías que en comienzo han sido catalogadas como de tipo estético, las peticiones de bolsas de colostomía, las solicitudes de acompañante en desplazamiento del paciente a otros sitios de atención, muy frecuente las negativas relacionadas con las solicitudes de audífonos. Precisamente, la Sentencia T-760 de 2008, arriba referida, da cuenta de la problemática jurídica en relación con todos los demás procedimientos, actividades e intervenciones que no están incluidos en el POS y reitera las reglas de acceso a los servicios de salud que se requerían con necesidad y que no estaban incluidos en los planes obligatorios de salud.

Actualmente, la jurisprudencia reitera que se desconoce el derecho a la salud de una persona que requiere un servicio médico no incluido en el Plan Obligatorio de Salud, cuando “(i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentran autorizadas legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un profesional adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”⁶⁹¹. Como ejemplo de otras sentencias y de casos específicos de negación de solicitudes de procedimientos no incluidos en el POS, se puede citar la

⁶⁹¹ Sentencia T-760 de 2008, pp. 91 y ss.

Sentencia T-102 de 1998⁶⁹² en el evento de una persona que padecía de frecuentes dolores de espalda ocasionados por una “cifosis dorsal”, cuyo origen, según diagnóstico de los ortopedistas adscritos a la entidad accionada, obedecía en buena medida al peso excesivo de sus senos prominentes, circunstancia que movió a los especialistas a recomendar la práctica de una “mamoplastia” reductiva, con miras a mejorar la sintomatología de la enfermedad. Así mismo, se puede citar la T-236 de 1998⁶⁹³ en el caso de un menor que tenía un diagnóstico de hipoacusia bilateral profunda (sordera) que requería un implante coclear. También se puede referir el caso de la Sentencia T-900 de 2002⁶⁹⁴ que detalla la necesidad de una persona adulta mayor que padecía cáncer de mama izquierda y a quien los especialistas le ordenaron la realización de radioterapias y quimioterapias, además que debía trasladarse a otro municipio, siendo imposible su desplazamiento por falta de recursos para tal fin y para un acompañante.

En igual sentido la Sentencia T-801 de 2005⁶⁹⁵ se refiere al caso de un menor que por su condición de “hipoacusia neurosensorial leve a profunda bilateral” necesitaba dos audífonos digitales de alta tecnología, con procesador digital de mínimo 3 canales, programable y un sistema de FM.

De otra parte, la Sentencia T-062 de 2006⁶⁹⁶ detalla el evento de negación de un examen denominado “gamagrafía con octeotride” que había sido ordenado por los médicos tratantes a la paciente; la Sentencia T-975 de

⁶⁹² M. P. Antonio Barrera Carbonell, p. 7. Véase en el mismo sentido la Sentencia T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 5, y la T-119 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 4.

⁶⁹³ M.P. Fabio Morón Díaz, p. 9.

⁶⁹⁴ M. P. Alfredo Beltrán Sierra, p. 2.

⁶⁹⁵ Ídem.

⁶⁹⁶ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 25.

2008⁶⁹⁷ trata el caso de un menor que requería de pañales desechables para el manejo de la incontinencia a raíz de un problema congénito de cadera, y la Sentencia T-108 de 2008⁶⁹⁸ aborda el tema de la negativa de las prestaciones médico asistenciales y de los elementos de soporte para los pacientes ostomizados. En este caso la negativa de bolsas y barreras de colostomía negadas a un adulto mayor.

Desde la concepción de un derecho a la salud fundamental, la negativa, a veces reiterada, de servicios de salud, procedimientos, intervenciones de carácter necesario y normalmente referidas a poblaciones altamente vulnerables y vulneradas, contradice los principios de integralidad y de continuidad. La negativa de estos servicios de salud segmenta la atención y fragmenta el acto médico.

Es cierto que la negativa de los eventos no incluidos en el POS normalmente se hace con base en determinaciones de tipo legal y reglamentaria, pero igual se desprende de los casos, que como ejemplo se han referido, que aun siendo remitidos por el médico tratante, la negación se hace más en aras de evitar los costos que implican los servicios no incluidos en el POS o con la posibilidad de repetir lo pagado en contra del Fosyga que en aceptar las razones de tipo técnico-científico que las avala. Esto redirecciona el problema de las negaciones hacia un fundamento de tipo económico sobre un fundamento de tipo social. Prevalece la contención de costos en busca de una mayor eficiencia económica en disfavor de una mayor eficiencia social y de los principios de integralidad y continuidad en los servicios esenciales de salud; y prevalece la necesidad de obtener la autorización judicial para hacer el respectivo recobro al Fosyga sobre la atención oportuna, continua e integral del usuario.

⁶⁹⁷ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 25. Véase también la Sentencia T-292 de 2009. M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

⁶⁹⁸ M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 4. Véase también la Sentencia T-212 de 2009. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

En el marco de una concepción interpretativa de tipo consecuencialista, propia de los mercados de bienes o servicios, las EPS involucradas han hecho una interpretación formal y exegética de los contenidos del POSC, que a su vez han hecho predominar sobre una interpretación integral, amplia, finalista y social de tales contenidos, aspecto lógico desde una óptica meramente económica, ya que se busca reconocerle al paciente-usuario únicamente lo señalado en el POSC, no crearle sobrecostos, mantener la liquidez y buscar una maximización de las ganancias operacionales de la empresa. Pero, tal lógica no corresponde con los fines esenciales del Estado ni con los fines de la normativa social que deben impregnar el quehacer de los todos los actores del SGSSS y que implicaría una lectura finalista de los contenidos del POSC, a la luz de los artículos 2º y 49 de la Constitución de 1991.

5.3 EVENTOS DE NEGACIÓN POR COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS O FALTA DE PERIODOS MÍNIMOS DE COTIZACIÓN DE CONTENIDOS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD CONTRIBUTIVO POSC

Poco se ha documentado estadísticamente sobre el tema de eventos de negación de servicios de salud por copagos, cuotas moderadoras o falta de períodos mínimos de cotización. No obstante, el análisis realizado de las sentencias de revisión de acciones de tutela por parte de la Corte Constitucional en el periodo objeto de la presente investigación da cuenta de la magnitud de la problemática citada. En efecto, muchas son las sentencias de revisión que se refieren a la problemática de negación de servicios contenidos o no en el POS, que a pesar de haberse remitido con necesidad y urgencia por el médico tratante son objeto de dicha negativa.

A continuación se detallarán algunos ejemplos de negativas por incapacidad de pago de los copagos o de cuotas moderadoras por los usuarios, o por falta de

semanas cotizadas –falta de antigüedad–, siguiendo con la metodología de mostrar el detalle de la negación en algunos casos paradigmáticos.

- Sobre los copagos y las cuotas moderadoras la Sentencia T-330 de 2006⁶⁹⁹ señala el caso de la negación de los medicamentos Ronccutatal X 250 mg, Suntel Emulsión, Bálsamo Labial y Acuanova Hidratante, prescritos por el médico adscrito a la EPS con el fin de tratar la enfermedad denominada acné modulo quístico, con base en la imposibilidad de la actora de cancelar la suma de \$380.000 toda vez que tales medicamentos no están incluidos en el POSC. En dicha sentencia la Corte reitera las dos reglas desarrolladas para determinar los casos en los cuales debe eximirse al afiliado del pago de las cuotas moderadoras⁷⁰⁰, determina las reglas jurisprudenciales que ha construido la Corte en torno de las reglas probatorias de la incapacidad económica⁷⁰¹, y determina inaplicar en este caso el artículo 187 de la Ley

⁶⁹⁹ M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 2 y 6.

⁷⁰⁰ Dichas reglas son: [1] Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor. [2] Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna en obstáculo para acceder a la prestación del servicio. Véase además la Sentencia T-908 de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁰¹ Se refiere a las siguientes reglas: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad” [subraya fuera de

100 de 1993. En el mismo sentido la Sentencia T-381 de 2007⁷⁰² se refiere a la solicitud de los medicamentos Spriva 18 mg e Inflamide, que el médico tratante había prescrito con el objeto de tratar el EPOC severo que sufría la madre de la accionante y la exoneración de pagos compartidos ante la carencia de recursos económicos de la parte actora. En tal sentencia se reitera que aun cuando los pagos compartidos y las cuotas moderadoras encuentran su justificación en la realización de principios constitucionales, la obligación en comento no puede hacerse exigible en los casos en que con ello se amenace o vulnere el derecho fundamental a la salud o a la vida digna de los pacientes de escasos recursos económicos⁷⁰³. También la Sentencia T-233 de 2008⁷⁰⁴ expone el evento de cobro de \$6.720.000 como pago del copago por el remplazo valvular aórtico con prótesis mecánica e injerto sintético valvulado y parche de felpa poliéster de un paciente beneficiario de 76 años, con diagnóstico de “*INSUFICIENCIA AORTICA*”; en el entendido, según la EPS que si bien el remplazo valvular aórtico con prótesis mecánica es un procedimiento incluido dentro de las coberturas del POS, el tema del injerto sintético valvulado y el parche de felpa de poliéster, por ser complementos terapéuticos no se encuentran incluidos en el POS, a consecuencia de esto es posible el cobro del copago con base en el Decreto 806 de 1998 y en el Acuerdo 260 de 2004 de la CNSSS⁷⁰⁵. Tanto la Corte como el MPS coincidieron, de una parte, en que injerto sintético valvulado y parche de felpa poliéster se encuentra incluido en el POS, y de otra, en que según el artículo 7º del Acuerdo 260 de 2004, están excluidas de aplicarse copagos las enfermedades catastróficas o de alto costo, y que igualmente el literal d del artículo 17 de la Resolución 5261 de 1994 define como tratamiento utilizado en el manejo de enfermedades ruinosas o

texto].” Confróntese la Sentencia T-683 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Véase además la Sentencia T-696 de 2006. M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 8.

⁷⁰² M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 5.

⁷⁰³ Sentencia citada, p. 11.

⁷⁰⁴ M.P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 2.

⁷⁰⁵ Sentencia citada, p. 3.

catastróficas el procedimiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central, por tanto, la EPS tiene la obligación de cubrir el 100% del procedimiento quirúrgico, sin posibilidad de repetir contra el Fosyga⁷⁰⁶.

- En lo que concierne al tema de los periodos mínimos de carencia o tiempos mínimos de cotización se cita la Sentencia T-328 de 1998⁷⁰⁷ en la cual al accionante, quien padecía del virus del sida, se le remitieron los medicamentos AZT, Lamibadin y Crixiván, los cuales no podía obtener por intermedio de la EPS, pues no había cumplido las cien semanas mínimas de cotización para tener derecho a ello. En esta ocasión la Corte fue enfática en inaplicar la normatividad vigente para la época⁷⁰⁸ en cuanto la urgencia de la patología así lo requiere en virtud de la primacía de la vida digna sobre los aspectos financieros del Sistema. Por su parte, en la Sentencia T-945 de 2000⁷⁰⁹ se analiza el caso de un paciente menor de edad que requiere en forma urgente, según dictamen del médico tratante, una cirugía neurológica consistente en un drenaje de hematoma extradural y craneoplastia frontal, además de la colocación de un fijador de Craneofiz, pues si no se opera, el menor presentaría convulsiones con posterioridad. La EPS accionada se niega a autorizar la cirugía, en razón a que el menor no cuenta con el mínimo de semanas cotizadas que exige la ley. La Corte reitera que en el evento de requerirse la cirugía solicitada, previa una nueva valoración, se realice a cargo de la EPS el tratamiento integral sin costo para el padre del menor, cuando éste acredite adecuadamente su insolvencia, sin importar que aún falten semanas mínimas de cotización para cubrir tal evento.

⁷⁰⁶ Sentencia citada, p. 21.

⁷⁰⁷ M. P. Fabio Morón Díaz, p. 3.

⁷⁰⁸ Artículo 26 del Decreto 1938 de 1994 que estipulaba máximo 100 semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas del nivel IV del POS. Esta norma fue derogada por el Decreto 806 de 1998. En la actualidad la Ley 1122 de 2007 estipula en su artículo 14, literal n) que no habrán períodos mínimos de cotización o períodos de carencia superiores a 26 semanas en el Régimen Contributivo

⁷⁰⁹ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 2.

En los casos señalados es evidente la contradicción entre la protección del derecho fundamental a la salud y la aplicación exegética de los postulados reglamentarios en relación con el tema de las cuotas moderadoras, los copagos y la exigencia de periodos mínimos de cotización. En eventos de urgencia y de alta vulnerabilidad se ven afectados los principios de integralidad y continuidad de los servicios de salud, en aras de la imposición de las condiciones económicas de las EPS sin consideración de la necesidad de sus usuarios. De nuevo la contención de costos, vía decisión de cobro de copagos y cuotas moderadoras y de exigencia de semanas mínimas de cotización, prevalece sobre el derecho fundamental a la salud.

Lo mismo que en los eventos señalados en el punto anterior, la lógica comercial señala que los deducibles, los copagos, las cuotas moderadoras y las semanas mínimas de cotización sean mecanismos del mercado que coadyuven a maximizar la rentabilidad vía contribución económica adicional del paciente-usuario y vía solidaridad económica con el SGSSS, esto nuevamente implica una lectura utilitarista y de costo-beneficio de la salud como bien económico, pero no una lectura social como derecho fundamental y como bien meritorio, en especial en los casos relatados de personas altamente vulnerables por su condición de salud, sin capacidad real de pago y con necesidad probada de acceder efectivamente a los servicios prescritos por el médico tratante.

En el mismo sentido, la lógica del mercado hace prevalecer la lectura en clave de eficiencia económica de la administración del régimen contributivo por parte de particulares de las normas referentes a los periodos mínimos de cotización sobre su hermenéutica social. Y como consecuencia de ello el principio de eficiencia económica prevalece en favor de la maximización de las ganancias y en disfavor de la salud integral de las personas que requieren de atenciones en salud en forma necesaria, que no tiene capacidad de pago y que no han cumplido con los tiempos de cotización señalados por las normas pertinentes.

5.4 EVENTOS DE NEGACIÓN DE LICENCIAS DE MATERNIDAD

En igual sentido las licencias de maternidad han sido un tema de marcada reiteración en cuanto a su negativa por parte de las EPS. Es normal en los años inmediatamente precedentes ver revisiones de acción de tutela en donde se han acumulado hasta más de cinco casos de negativas de licencias de maternidad, al grado que la Corte Constitucional, en Sentencia T-1223 de 2008⁷¹⁰, ha tenido que dar órdenes para que el organismo competente del Ejecutivo Nacional adoptara medidas para corregir la falla en la regulación consistente en la ausencia de un mecanismo que permitiese a las mujeres resolver los conflictos que se suscitaban en relación con la solicitud de pago de su licencia de maternidad. En la mayoría de los casos la problemática se basa en dos cuestiones: una similar a la del tema del no reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común por mora en el pago de los aportes patronales o por parte de la afiliada, y otra, que se refiere a la no cotización de semanas por el periodo completo de gestación. De ambas cuestiones se darán algunos ejemplos de sentencias de revisión de tutela que han analizado los eventos de negación de licencias de maternidad.

- En cuanto el tema de la cotización no continua o parcial durante el periodo de gestación y de la correspondiente negación de las EPS del reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, la Sentencia T-204 de 2008⁷¹¹ reiteró que la aplicación de la norma no puede ser absoluta, toda vez que en ciertos casos debe prevalecer el derecho sustancial para no poner en peligro el derecho fundamental al mínimo vital de carácter prevalente de la madre y su hijo. Por esta razón se ha ordenado el pago integral de la licencia por maternidad aunque no se hayan efectuado de manera continua los aportes a la EPS durante el periodo de gestación.

⁷¹⁰ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, pp. 47 y ss.

⁷¹¹ M. P. Clara Inés Vargas Hernández, p. 11.

- En el mismo sentido, la Sentencia T-1223 de 2008⁷¹² realizó una sistematización del tema y señaló que el deber de cotización durante todo el periodo de gestación debe analizarse a la luz de cada embarazo. Así mismo, reitera los requisitos definidos en los decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993, para que la EPS a la que se encuentre afiliada una trabajadora esté obligada a pagarle la licencia de maternidad⁷¹³ y analiza la jurisprudencia de la Corte acerca de tales requisitos. Por tanto, insiste en señalar que el incumplimiento del requisito de que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, pues su verificación no puede realizarse de manera independiente a las circunstancias en que se encuentran los interesados, en razón de la especial protección que la Constitución establece para las mujeres en estado de embarazo y después del parto (art. 43 y 53 C. P.) y para los niños (art. 44 y 50 de la C. P.)⁷¹⁴. En igual dirección, analiza y reitera el tema de la mora y del allanamiento a la mora y determina que la Corte Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia⁷¹⁵ que aun cuando el empleador haya pagado de manera tardía las cotizaciones en salud de una trabajadora, o cuando la mujer misma las haya pagado tardíamente en el caso de las trabajadoras independientes, pero la EPS demandada no haya requerido al obligado para que lo hiciera ni hubiere rechazado el pago

⁷¹² M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 39.

⁷¹³ Se refiere la sentencia a los siguientes requisitos: “(i) que la trabajadora haya cotizado ininterrumpidamente al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación y (ii) que su empleador (o ella misma, en el caso de las trabajadoras independientes) haya pagado de manera oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho”, p. 37.

⁷¹⁴ Véase la sentencia citada, pp. 37 y ss.

⁷¹⁵ Cita propia de la Sentencia en referencia. “Respecto al allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del cotizante (en el caso de las trabajadoras independientes), ver, entre otros, los siguientes fallos: T-983 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-640 de 2004 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-605 de 2004 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes), T-390 de 2004 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-885 de 2002 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-880 de 2002 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-467 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis)”, p. 38.

realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del empleador o de la cotizante independiente, y por tanto se encuentra obligada a pagar la licencia de maternidad de la mujer⁷¹⁶.

En todos estos casos la contención de costos vía negación de las licencias de maternidad es muestra de la prevalencia de la libertad de empresa sobre los principios de continuidad e integralidad del derecho fundamental a la salud. Tal prevalencia es más gravosa cuando la entidad, al igual que en el evento anterior, no utiliza los mecanismos de cobro coactivo que la misma ley le otorga, y niega con base en su propia negligencia los servicios y los reconocimientos económicos propios del SGSSS necesarios para la materialización del mínimo vital y existencial de la unidad madre-hijo. Así mismo, cuando aplica sin ningún tipo de consideración específica las normas reglamentarias para reconocer y pagar la licencia de maternidad.

Tal vez en este evento la lectura exegética de las normas a favor de la autonomía administrativa de las EPS involucradas y en disfavor de la unidad madre-hijo resalta la prevalencia de la contención de costos sobre el espíritu social de las normas que otorgan el derecho irrenunciable y vital de las licencias de maternidad que buscan la protección de personas especialmente protegidas por la normativa internacional y por la Constitución de 1991.

En cuanto a la actitud de recibir en forma extemporánea los aportes y cotizaciones debidas y de no realizar actos de requerimiento o de cobro coactivo, pero sí de negación de la prestación económica en comento, a pesar de haberlas aceptado, se tendrá que afirmar lo mismo del caso de las

⁷¹⁶ Cita propia de la sentencia en referencia. “La subregla relativa al allanamiento de la EPS a la mora del empleador también es aplicable para el caso de las trabajadoras independientes que soliciten su licencia de maternidad y hayan pagado de manera tardía las cotizaciones, sin que hubieren recibido ningún requerimiento al respecto por parte de la EPS o le hayan rechazado el pago. Al respecto, ver entre otras, las Sentencia T-983 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), T-838 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-664 de 2002 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra)”, p.38.

incapacidades laborales. En tal sentido, se debe señalar que la prevalencia de la eficiencia económica por medio de la contención de costos, ésta vez negando prestaciones económicas, se ve resaltada por la condición de negligencia de las EPS en cuestión y de su actitud meramente utilitarista.

5.5 EVENTOS DE NEGACIÓN DE INCAPACIDADES LABORALES DE ORIGEN GENERAL

Al igual que en el caso anterior, no existen muchos estudios estadísticos en relación al tema de los eventos de negación de incapacidades de origen general o de enfermedad común. No obstante, en los últimos años ha sido creciente el número de acciones de tutela de revisión que han analizado este tema. Las negaciones de las incapacidades de origen general responden básicamente al no pago oportuno de aportes al SGSSS por parte del afiliado cotizante independiente o por parte del empleador del afiliado cotizante dependiente. Por tanto, la mora en el pago de aportes ha sido un tema reiterado en las decisiones del juez constitucional. A continuación se citarán algunas sentencias que se han referido al tema de la mora y del allanamiento a la mora.

- La Sentencia T-201 de 2005⁷¹⁷ señala el caso de una persona diagnosticada con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH), quien ha sido incapacitado en cuatro oportunidades y la EPS no le ha reconocido las respectivas incapacidades con el argumento que es requisito para el pago que el cotizante se encuentre al día en el pago de los aportes. Además,

⁷¹⁷ M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5. En las sentencias posteriores a la T-413 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se siguió reiterando con respecto al tema del allanamiento en la mora la aplicación mutatis mutandi de la jurisprudencia establecida para el pago de licencias de maternidad a los eventos de negativa por parte de las EPS de los pagos de incapacidades laborales por mora del empleador en el entendido que entre dichas problemáticas se presentaban tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud. Véase también la Sentencia T-855 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

precisa la accionada, que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, para el reconocimiento y pago de la licencia por incapacidad general se requiere que los pagos se hayan efectuado de forma oportuna por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho, de lo contrario, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Decreto 806 de 1998, le corresponde al empleador cancelar el valor de la incapacidad por haber incurrido en mora. La Corte, ante la prueba de que la entidad accionada había recibido efectivamente el pago de los aportes debidos, aun en forma extemporánea y que no había requerido con anticipación al empleador moroso ni se había negado a recibir tales pagos, determinó aplicar la teoría del allanamiento a la mora y el principio de la buena fe en favor del accionante. Por ende, la Corte resolvió que la EPS debía reconocer y pagar la licencia por incapacidad general por haber incumplido también su deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes y no oponerse oportunamente al pago extemporáneo⁷¹⁸.

- La Sentencia T-761 de 2006⁷¹⁹ señala el caso reiterado de la negación de las incapacidades por el motivo de mora del empleador o del pago extemporáneo y la decisión, igualmente reiterada de la Corte, de conceder el amparo excepcional del tema de las incapacidades laborales con base en la teoría del allanamiento a la mora⁷²⁰. Igual, véase la Sentencia T-059 de 1997⁷²¹, que no obstante referirse al tema de la continuidad en la prestación de los servicios de salud, aplica la teoría del allanamiento a la mora y el principio de la buena fe en favor de la no interrupción del servicio de salud.

⁷¹⁸ Sentencia citada, p. 16.

⁷¹⁹ M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 2 y 10.

⁷²⁰ Véanse, entre otras, sentencias al respecto de la mora y del allanamiento a la mora las siguientes: T-844 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-789 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-094 de 2006, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-219 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto; T-274 de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-549 de 2006, M. P. Humberto Sierra Porto; T-772 de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto; y la Sentencia T-956 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

⁷²¹ M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 24.

En todos estos casos la contención de costos vía negación de las incapacidades laborales es muestra de la prevalencia de la libertad de empresa sobre los principios de continuidad e integralidad del derecho fundamental a la salud. Tal prevalencia es más gravosa cuando la entidad no utiliza los mecanismos de cobro coactivo que la misma ley le otorga, y niega con base en su propia negligencia los servicios y los reconocimientos económicos propios del SGSSS necesarios para la materialización del mínimo vital y existencial de afiliado.

En efecto, el no reconocimiento y pago de las incapacidades laborales por parte de las EPS con base en la extemporaneidad del pago hace prevalecer la autonomía administrativa de la empresa sobre el derecho irrenunciable del afiliado a recibir tal prestación económica. Pero, sin embargo, no hace prevalecer tal prerrogativa cuando contando con todas las posibilidades de cobro coactivo y de vigilancia de los aportes patronales permite que los empleadores se retrasen en su pago, sin que haya ningún tipo de requerimiento o de aviso de tales circunstancias a los respectivos empleados.

La prevalencia de la autonomía administrativa en aras de la contención de costos y de maximización de las ganancias se intensifica cuando a pesar de no acudir a las acciones legales de cobro coactivo que tiene la EPS se reciben los aportes y cotizaciones en forma extemporánea, normalmente con el pago adicional de intereses moratorios, y luego se niega el pago de las respectivas incapacidades laborales con base, precisamente, en su pago extemporáneo. Ello es muestra de la lectura utilitarista del quehacer empresarial, toda vez que no solo se busca el lucro normal de la actividad sino que se pretende evitar a toda costa el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas del plan de beneficios del régimen contributivo, aun cuando se hayan recibido las cotizaciones y los aportes respectivos. Por ende, prevalece la eficiencia económica sobre los principios referidos de integralidad y continuidad de los

servicios de salud, incluyendo en ellos las prestaciones económicas derivadas del POSC.

A manera de resumen de este capítulo, se puede señalar que en el marco de una economía social de mercado, la tensión natural surgida entre los derechos de la libertad económica y el derecho fundamental a la salud se genera desde los propios preceptos constitucionales hasta los eventos reales de negación de los servicios de salud. En efecto, la tensión natural que desde la Constitución de 1991 se crea entre un derecho social –hoy de rango fundamental– como el de la salud y un derecho de rango económico como el de la libertad económica, se transfiere al SSSI tanto en su fundamentación normativa como en su conformación estructural, y desde allí se aloja en el SGSSS, por medio de su estructuración conceptual y legal. Desde allí se transfiere a los eventos reales de solicitud de servicios de salud y a las decisiones de las entidades administradoras y prestadoras de tales servicios, para desembocar en las decisiones de tipo judicial que tienen como objetivo resolver la tensión referida frente a casos muchas veces de vida o muerte.

Precisamente, en las decisiones de revisión de acción de tutela analizadas de los eventos de negación referidos, la Corte Constitucional, en forma expresa muchas veces, o tácita, muchas otras, resuelve la tensión entre los derechos citados. La Corte invierte el decurso de la tensión y lo devuelve desde el caso real a la ubicación prevalente de uno u otro derecho desde la visión constitucional de un Estado social de derecho. Allí, normalmente, hace prevalecer el derecho fundamental a la salud sobre el derecho a la libertad económica en sus expresiones de libertad de empresa y de libre competencia. La prevalencia real de la libertad económica en las decisiones administrativas de las EPS e IPS involucradas cede a la primacía que en los eventos de salud debe tener este derecho sobre aquel de libertad económica.

Desde este punto de vista, una pregunta final podría ser: ¿ha sido acorde con la Constitución Política de 1991 la resolución dada por la normativa y por la propia jurisprudencia analizada a la colisión entre el derecho a la libertad económica de las EPS y de las IPS del régimen contributivo y el derecho fundamental a la salud en los eventos descritos?⁷²².

Con el fin de tratar de responder a la problemática planteada, se analizarán no solamente los temas descritos en este capítulo sino también todos los temas referidos en el acápite de las colisiones más frecuentes entre los derechos en cuestión. Por tanto, temas como la sostenibilidad económica y equilibrio financiero, la integración vertical, el POS, la independencia técnica y administrativa, el tema del reconocimiento y pago de licencias de maternidad en el caso de mora en el pago de aportes, y los planes adicionales de salud serán tratados aquí. De otra parte, se analizarán las normas que rigen los temas de las cuotas moderadoras y copagos, los períodos mínimos de cotización, la mora en los aportes por parte del empleador. Temas en los cuales también han habido sentencias de constitucionalidad, por tanto, igualmente, se analizarán tales decisiones. En uno u otro caso se hará referencia sólo a las posturas predominantes de la Corte sobre dichos temas, así:

- Sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones. Con relación a los temas de la sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las EPS, se consideran acordes con la Constitución las decisiones relacionadas con la posibilidad de repetir contra el Fosyga en los casos en que las entidades participantes del sistema hayan tenido que

⁷²² Para resolver tales cuestiones se analizarán las posibles colisiones entre el derecho fundamental a la salud y el derecho a la libertad económica con base en la estructura del principio de proporcionalidad determinada por Bernal Pulido, previas consideraciones generales en cada caso de colisión. Para lo cual se retomarán las preguntas generales, siguiendo la estructura del Principio de Proporcionalidad: ¿La intervención es idónea? ¿Era necesaria? y, ¿Está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa? Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

reconocer y prestar servicios, intervenciones o medicamentos no POS. Son medidas que tienen un fin constitucional legítimo: el equilibrio financiero de las entidades; con él se procura un fin inmediato válido en cuanto se pretende conservar la ecuación financiera del contrato Estado-EPS⁷²³, por consiguiente se busca un fin mediano válido: la eficacia del sistema y del propio derecho fundamental a la salud, pero así mismo la protección del derecho a la libertad económica, de empresa y de competencia de tales entidades. Así, en este punto no habría que analizar los demás aspectos con relación al derecho a la libertad económica, porque tales decisiones lo protegen.

Sin embargo, en cuanto la estipulación del literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, declarado exequible por la Sentencia C-316 de 2008⁷²⁴, se debe considerar que la medida no es acorde con la Constitución. Es una medida que tiene un fin constitucional legítimo: mejorar sustancialmente la prestación de los servicios de salud, fin inherente a la faceta en cuanto servicio público esencial del derecho fundamental a la salud. Se procura un fin inmediato válido en cuanto se pretende evitar los trámites administrativos y dilaciones injustificadas en el sistema de salud que pudieran afectar los derechos fundamentales de los usuarios, y evitar la *obligatoriedad* de la interposición de la acción de tutela como un requisito previo para acceder a tales servicios de salud, especialmente los que tienen que ver con servicios, intervenciones y medicamentos no POS⁷²⁵. Por tal razón, es un fin mediano de buscar la eficacia del sistema y del propio derecho fundamental a la salud. No obstante, en términos propios del significado *necesaria* del subprincipio de necesidad en la estructura del

⁷²³ Véase, entre otras muchas, la ya referida Sentencia SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁷²⁴ M. P. Jaime Córdoba Triviño. Véase la Sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁷²⁵ Al respecto refería Alba Lucía Vélez, desde el año 2005: “Se plantea también si con el porcentaje cada vez creciente de las acciones de tutela instauradas por los usuarios para invocar la protección del derecho a la salud, esta acción se ha convertido en un mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud y si, en tal caso, sería este el procedimiento adecuado para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan su ejercicio, sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral.” La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud? *Revista Colombia Médica*, Vol. 36, n.º 3, 2005 (julio-septiembre).

principio de proporcionalidad a la luz de la regla 35⁷²⁶, tal medida no es la más benigna para intervenir el derecho a la libertad económica de las EPS. No significa ello que se esté de acuerdo con la dilación injustificada o arbitraria en la autorización y reconocimiento efectivo de los medicamentos e intervenciones no incluidas en el POS; su significado es que a la luz del método que se utiliza para analizar la presente cuestión puede haber otras medidas alternativas, que cumpliendo con el mismo objetivo de mejorar sustancialmente la prestación del servicio de salud sean más benignas con el derecho a la libertad económica de las EPS. Un solo ejemplo podría ser una medida con un porcentaje menor al estipulado en la Ley 1122 de 2007, o una medida sancionatoria pecuniaria o administrativa, que con efectividad y celeridad, pero respetando el debido proceso, se hiciera cumplir por parte de los organismos encargados del control y vigilancia del sistema. En consecuencia, si existen otros medios alternativos equivalentes más benignos a la medida en comento, se puede reafirmar, sin necesidad de ponderar pesos normativos, que la medida adoptada por la ley en referencia y la decisión de la sentencia citada no están acordes con la Constitución en los términos aquí detallados.

- Independencia técnica y administrativa. Con relación a la independencia técnica y administrativa de las EPS, en cuanto a que es el concepto del médico tratante y adscrito a la entidad el que se debe tener en cuenta para ordenar un medicamento o intervención no POS, y que tal concepto, como regla general, debe primar sobre las decisiones meramente administrativas de la EPS o las del CTC⁷²⁷, se consideran acordes con la Constitución. Tales decisiones tienen un fin constitucional legítimo: proteger la autonomía y autoridad técnico-científica del médico tratante, y la autonomía de la EPS como tal. Decisiones constitucionalmente legítimas que procuran un fin inmediato en cuanto al

⁷²⁶ Ob. cit., p. 740.

⁷²⁷ Véanse, entre otras, las ya referidas sentencias T-344 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, la T-083 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, y la T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

reconocimiento de la independencia y autoridad científica del médico tratante, y de los protocolos de atención de cada entidad. Por consiguiente, buscan un fin mediano para lograr la eficacia y calidad del sistema y del propio derecho a la salud, medida que lógicamente tiene un favorecimiento para la propia entidad. Por no ser en principio una restricción al derecho a la libertad económica de las EPS, no se pasará al análisis de los demás ítems, mas podría ser una restricción al derecho fundamental a la salud cuando, como en el caso de la Sentencia T-083 de 2008, la entidad ha sido negligente en emitir un diagnóstico médico de calidad y obliga a la persona a recurrir a un médico particular, en cuyo caso debe primar el derecho fundamental a la salud del paciente.

- Integración vertical patrimonial. Con relación al tema de la regulación de la integración vertical patrimonial y de la posición dominante establecida por el artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, declarada exequible por la Sentencia C-1041 de 2007⁷²⁸, se dirá que se consideran acordes con la Constitución. Esto constitucionalmente es legítimo porque busca el mejoramiento en la prestación de los servicios a los usuarios, intervención que procura un fin inmediato en cuanto a la eficiencia y calidad de tales servicios, y la prevención o control del abuso de la posición dominante en el mercado de los servicios de salud. Es algo mediano que busca la eficacia del sistema y del propio derecho a la salud, por tanto, las regulaciones citadas son idóneas y necesarias. En abstracto, no existe otro medio alternativo equivalente. En consecuencia, no hay otro medio más benigno comparado con tal intervención planteada, ya que la decisión de participar en el mercado de los servicios de salud bajo el esquema corporativo de la integración vertical patrimonial no es un esquema ordenado por la Ley 100 de 1993 o sus decretos reglamentarios, aunque sí permitido. En ese orden de ideas, puede ser intervenido por el Estado en su condición de regulador y con base en los poderes estatales reforzados de intervención en el tema de los servicios públicos, en especial de los servicios públicos de salud, debido a su

⁷²⁸ M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

especial connotación social. La limitación se justifica por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es claro que la limitación citada incluye la protección del usuario ante las conductas de abuso de la posición dominante en el marco del modelo de integración vertical patrimonial. Así, el fin de la medida precede en peso abstracto normativo a la importancia de dicha intervención en el derecho a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia. En tal sentido, se comparte la sentencia referida a tal tema. Sin embargo, y sólo a manera de referencia, se dirá que es interesante el cambio conceptual y doctrinal que la sentencia en comento hace en comparación con los considerandos que en su momento y sobre el mismo tema hiciera la Sentencia C-616 de 2001⁷²⁹, referida anteriormente.

- Contenido del Plan Obligatorio de Salud. Con relación al POS se dirá que las decisiones encaminadas al reconocimiento de intervenciones, servicios y medicamentos no POS en los casos en que la persona cumple con las reglas y subreglas jurisprudenciales para ello⁷³⁰, se consideran acordes con la Constitución. Tales decisiones tienen un fin constitucional legítimo que es proteger el derecho fundamental a la salud y el derecho fundamental a la vida de las personas que necesitan en forma urgente del tratamiento, la intervención o el medicamento no POS, remitido como necesario por el médico tratante, con mayor efectividad que otro existente en el POS y que no esté en capacidad económica de sufragarlo por sus propios medios o por la solidaridad de su familia. Decisiones constitucionalmente legítimas que procuran un fin inmediato que es el restablecimiento de la salud de la persona en estado de urgencia. Es entonces un fin mediato buscar la eficacia del derecho fundamental a la salud de tales personas. Luego, son intervenciones idóneas, igualmente necesarias. En abstracto, no existe otro medio alternativo equivalente, y no existe otro medio más benigno que pueda compararse con tales decisiones. Otras llevarían

⁷²⁹ M. P. Rodrigo Escobar Gil.

⁷³⁰ Véase la citada sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

a exponer a la persona a una muerte segura o a la agravación de su salud, y a una vida sin dignidad. Estas se justifican por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es claro que tales decisiones comentadas pretenden la protección de la vida de las personas, entonces el fin perseguido de las decisiones precede en peso abstracto a la importancia de dicha intervención en el derecho a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia. Máxime que las EPS pueden repetir contra el Estado-Fosyga de acuerdo con las normas vigentes ya analizadas. De tal manera, se han negado varias tutelas por no cumplir con las reglas y subreglas jurisprudenciales en aras de proteger el equilibrio financiero del sistema, de las propias EPS y de proteger el principio de solidaridad del sistema⁷³¹.

- Cuotas moderadoras y copagos, y períodos mínimos de cotización. De acuerdo con el tema de las cuotas moderadoras, los copagos y los períodos mínimos de cotización, se puede afirmar que las normas antes analizadas y los pronunciamientos de la Corte citados anteriormente han sido acordes con la normativa superior. Ambas tienen un fin constitucional legítimo. Las cuotas moderadoras y los copagos en cuanto la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y el Acuerdo 030 de 1995⁷³², las orienta a regular la utilización de los servicios de salud, estimular su buen uso y ayudar a financiar el sistema en el caso de los copagos. Los períodos mínimos de cotización, según la Ley 100 de 1993⁷³³, los estipula sólo para el régimen contributivo y sólo con respecto a las enfermedades de alto costo, con el fin de ayudar a financiar el sistema en tal tema. Ambos fines no son prohibidos por la Constitución y son constitucionalmente legítimos sólo en la medida que en casos de necesidad y urgencia no se conviertan en barreras de acceso a los servicios y atención a la

⁷³¹ Véase, entre otras, las ya referidas sentencias T-1276 de 2001, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-676 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁷³² Véase también los Acuerdo 260 de 2004 y 365 de 2007, el artículo 12 del Decreto 806 de 1998. Igual la sentencia C-542 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁷³³ Véase el inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993, el artículo 60 y siguientes del Decreto 806 de 1998 y el literal h) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

salud. Son mecanismos que procuran un fin inmediato de contribuir al financiamiento del sistema y, desde luego, un fin mediato de buscar la eficacia del mismo y del propio derecho fundamental a la salud. De tal modo, son idóneas e igualmente necesarias. En abstracto, no existe otro medio alternativo equivalente. Y no hay otro medio más benigno que pueda compararse con tales medidas. Lo ideal sería que se abolieran las cuotas moderadoras, copagos o períodos mínimos de cotización, pero ello no representaría ninguna intervención, por consiguiente, no se puede comparar como medida alternativa equivalente. Ambas medidas se justifican por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Es claro que las medidas comentadas implican la racionalidad de los recursos económicos y con ello, al menos en abstracto, la materialización del derecho fundamental a la salud. De modo que el fin perseguido de las medidas precede en peso normativo abstracto a la importancia de dicha intervención en tal derecho. En consecuencia, las medidas referidas desarrollan la libertad económica de las entidades promotoras y prestadoras de salud, en cuanto buscan el equilibrio financiero y económico del sistema y de tales entidades, finalmente garantizado por el Fosyga. En tal sentido, se comparten las sentencias de constitucionalidad referidas a dichos temas.

- Mora en el pago de aportes y cotizaciones, y reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional. Con relación al tema de la mora en el pago de los aportes por parte de los empleadores⁷³⁴ y también respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de origen no profesional en estos casos de mora, y según las decisiones jurisprudenciales, se consideran acordes con la Constitución. Tanto la decisión de la responsabilidad solidaria de la EPS⁷³⁵ como la teoría del allanamiento a la

⁷³⁴ Véanse de nuevo las sentencias C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, C-800 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³⁵ Véase el artículo 209 de la Ley 100 de 1993 y la ya citada Sentencia SU-562 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

mora⁷³⁶ por parte de la entidad cuando recibió extemporáneamente y sin haber realizado requerimiento alguno al empleador moroso, son medidas que tienen un fin constitucional legítimo: no desproteger al afiliado ni a sus beneficiarios, tampoco descargar en ellos los conflictos administrativos o económicos existentes entre el empleador y la EPS. Ambas decisiones son constitucionalmente legítimas y ambas procuran un fin inmediato en cuanto a la prestación real de los servicios de salud al afiliado y a sus beneficiarios, y el reconocimiento efectivo de las incapacidades por enfermedad común, en su condición de mínimo vital del afiliado cotizante y muchas veces de toda su familia⁷³⁷. Es un fin mediato de buscar la eficacia del sistema y del propio derecho fundamental a la salud de tales personas, y esto implica idoneidad y necesidad. En abstracto, no existe otro medio alternativo equivalente ni más benigno que pueda compararse con tales decisiones. Otras alternativas conllevarían a exponer al afiliado y a su familia a esperar la prestación de los servicios de salud o el reconocimiento y pago de su incapacidad hasta la resolución del conflicto entre el empleador y la Entidad. Ambas decisiones se justifican por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa, y estas incluyen la protección de la persona y de la continuidad del servicio de salud, y con ello la materialización del derecho fundamental a la salud a favor del afiliado y de sus beneficiarios. Por eso, el fin perseguido con estas medidas precede en peso normativo abstracto a la importancia de dicha intervención en el derecho a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia. En tal sentido se comparten las sentencias de constitucionalidad referidas a dichos tópicos.

- Reconocimiento y pago de licencias de maternidad. En cuanto al reconocimiento y pago de licencias de maternidad en los casos de allanamiento

⁷³⁶ Véanse, entre otras, las ya referidas sentencias T-059 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, T-413 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y la T-680 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷³⁷ Véanse, otra vez, las sentencias T-789 de 2005, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y la T-468 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

a la mora, se creen acordes con la Constitución por las mismas consideraciones realizadas en el aparte anterior. Se agrega que en este caso el derecho fundamental a la salud y al mínimo vital se ve reforzado en la protección de la unidad madre-hijo, ambos protegidos en forma firme por los preceptos constitucionales⁷³⁸. Según las decisiones contempladas en sentencias analizadas tales como T-999 de 2003⁷³⁹, T-136 de 2008⁷⁴⁰ y T-204 de 2008⁷⁴¹, también se consideran acordes con la Constitución. El plazo de un año para interponer la acción de tutela en el caso de la solicitud de la licencia de maternidad por tal vía, y la consideración de reconocer total o proporcionalmente la licencia de maternidad, en el caso de aportes no continuos o parciales, tienen un fin constitucional legítimo. Proteger la unidad madre-hijo, así como la consideración de mantener el equilibrio económico y financiero del sistema y de las entidades son estas decisiones constitucionalmente legítimas que procuran un fin inmediato en cuanto al reconocimiento efectivo de la licencia de maternidad, en su condición de mínimo vital de la afiliada cotizante y de su hijo menor de un año. En consecuencia, es un fin mediato en búsqueda de la eficacia del sistema y del propio derecho a la salud de tales personas. Dichas decisiones son idóneas e igualmente necesarias, y en abstracto no existe otro medio alternativo equivalente y más benigno que pueda compararse con estas, que de otra manera llevarían a exponer a la madre y a su hijo menor a esperar el reconocimiento y pago de su licencia, hasta la resolución del conflicto entre el empleador y la entidad, o entre ella y la entidad. Ambas decisiones se justifican por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa, y más claro aún por la protección reforzada de la madre y de su hijo, y con ello la materialización del derecho fundamental a la salud a favor de tales

⁷³⁸ Véanse, entre otros, los artículos 1º, 11, 13, 42, 44, 48, 49 y 50 de la Constitución Política. Sin contar con la normativa internacional que los protege.

⁷³⁹ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁷⁴⁰ M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷⁴¹ M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

personas. En todo caso, el fin perseguido por las medidas precede en peso abstracto a la importancia de dicha intervención en el derecho a la libertad económica, a la libre empresa y a la libre competencia. En tal sentido se comparten las sentencias referidas a tal tema.

- Planes adicionales de salud-preexistencias. En comienzo, los PAS⁷⁴² son una clara expresión de la posibilidad que otorga el derecho a la libre iniciativa y el derecho a la libertad económica en Colombia. Según las decisiones que prohíben a las entidades que ofrecen PAS en cuanto no pueden unilateralmente incluir preexistencias, desconocer tratamientos o servicios con base en tal inclusión o redactar cláusulas de tipo general con relación a ellas, se consideran ajustadas a la Constitución. Aunque los PAS son adquiridos libremente por los usuarios en los términos de las normas vigentes al respecto, las decisiones referidas pretenden proteger el principio contractual de la buena fe⁷⁴³, y son constitucionalmente legítimas porque procuran un fin inmediato en cuanto la protección de la salud y la buena fe contractual. Por consiguiente, un fin mediano que de todas formas sería la eficacia del derecho fundamental a la salud en su faceta de servicio de interés público. Entonces, son decisiones idóneas e igualmente necesarias. En abstracto, no existe otro medio alternativo equivalente y más benigno que pueda compararse con tales decisiones. Otras llevarían a exponer al contratante a sufrir cargas contractuales desproporcionadas y a poner en grave peligro su integridad personal y su propia vida. Tales decisiones se justifican por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa, y éstas incluyen la protección de la persona y de la buena fe contractual y con ello la materialización del derecho fundamental a la salud a favor del contratante. Así, el fin que buscan las decisiones precede en peso abstracto a la importancia de dichas intervenciones en el derecho a la libertad económica, a la libre empresa y a la

⁷⁴² Véanse el artículo 169 de la Ley 100 de 1993, los artículos 18 y siguientes del Decreto 806 de 1998, la Sentencia C-112 de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁴³ Véase, entre otras, la ya citada Sentencia SU-039 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

libre competencia. En tal sentido, se comparten las decisiones y la propia sentencia de constitucionalidad citada.

En conclusión, la normativa y la Corte han tratado de mantener un frágil equilibrio entre el desarrollo y la restricción del derecho de libertad económica de las entidades e instituciones participantes en el régimen contributivo del SGSSS, en aras de la protección del derecho fundamental tanto a la vida como a la salud. Desde las decisiones citadas a la pregunta anterior, desde las señaladas en relación con los eventos de prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud, se puede reconducir como eje transversal de las decisiones la protección del principio de integralidad y del principio de la continuidad sobre el principio de eficiencia económica. Cabe recordar aquí: “En virtud del principio de continuidad, las EPS están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida [...] En efecto, el principio de continuidad busca que los servicios en salud requeridos, que deben suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y dejen a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que ello conlleva en sus vidas e integridad”⁷⁴⁴.

Finalmente, se debe señalar que no sólo ha prevalecido en muchos de los eventos analizados la libertad económica vía decisiones administrativas de contención de costos de las EPS e IPS involucradas, sino que por efectos de la actual estructura oligopólica del mercado de la salud y los propios principios que rigen las economías de mercado, la salud parece ser un bien más de tráfico mercantil que un derecho seriamente fundamental, más parece un bien económico que un bien social.

⁷⁴⁴ Cfr. Sentencia T-189 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, p. 11. Véanse también las sentencias T-760 de 2008 y T-922 de 2009, entre otras.

Precisamente, desde su constitucionalización la salud fue ubicada en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales. La redacción del artículo 49 constitucional parece estructurada más como servicio público que como un derecho. La misma Ley 100 de 1993 la trata más como un servicio. Se permite la prestación por parte de particulares con ánimo de lucro en el contexto de la libertad económica y concurrencia de actores públicos y privados. Varios de los principios que la rigen son del orden económico más que social, entre ellos el principio de eficiencia y el de solidaridad. El primero, fundamentado en el costo-beneficio y la rentabilidad económica. El segundo, basado principalmente en la solidaridad de tipo económica. El modelo estructurado por el SGSSS descansa en la base de la capacidad de pago y no en la base del derecho universal de todas las personas independiente de su estatus económico. El modelo exige tasas o sobrecostos para los afiliados, tales como: copagos y cuotas moderadoras o pago de porcentajes por semanas faltantes de cotización. El paquete de beneficios es diferenciado según la capacidad económica y presenta ambigüedad en sus contenidos. La intermediación para la administración del servicio es en la actualidad prácticamente del sector privado. La salud es un bien rival y es excluyente. La necesidad del bien puede darse por demanda inducida. Por todo, es posible que el derecho fundamental a la salud haya sido ineficaz ante la prevalencia y presión de factores determinantes de tipo económico y no factores determinantes de tipo social en Colombia, y que los principios propios del derecho como la integralidad y la continuidad en el servicio hayan tenido que ceder a los principios de eficiencia económica y ánimo de lucro.

6. INEFICACIA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD POR LA PREVALENCIA DEL DERECHO A LA LIBERTAD ECONÓMICA

En este capítulo final se indagará si debido a la prevalencia del derecho a la libertad económica, la protección y el goce efectivo del derecho fundamental a la salud han sido y son ineficaces. Para ello se hará énfasis en los eventos de colisión señalados en el capítulo anterior.

Como se dijo en la Introducción, para efectos de la investigación la *ineficacia* se entenderá como el no cumplimiento⁷⁴⁵ de la normativa relacionada con el tema que nos ocupa por parte de algunas EPS e IPS –por no decir de todas– de las normas referidas al derecho fundamental a la salud y en especial de las relacionadas con el POSC.

El estudio se hará teniendo como eje los conceptos de la dignidad humana y de la vida digna y con calidad, estos se contrastarán con el de la eficiencia de tipo económica señalada en los capítulos precedentes.

6.1 UNA NECESARIA CONSIDERACIÓN INICIAL

Según los capítulos anteriores es claro que tanto desde las normas constitucionales como las de origen legal y reglamentario se permite la coexistencia de agentes públicos y privados en el aseguramiento de la salud y en la prestación de los servicios de salud. También es claro, tal como se detalló en tales capítulos, el compromiso social de las EPS e IPS como depositarias de la misión del Estado en hacer efectivo el goce del derecho fundamental a la

⁷⁴⁵ En términos de Betegón se podría señalar la eficacia como cumplimiento y eficacia como acatamiento. Véase Betegón, Jerónimo, *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 123.

salud. Pero, quizás como preámbulo a este último apartado es necesario determinar que la condición de los agentes particulares en el aseguramiento o en la prestación de los servicios de salud debe analizarse desde la perspectiva no de lo privado o de lo público, ni siquiera desde la connotación de un servicio público prestado por particulares, sino desde la lectura del *contrato social* en temas precisamente relacionados con la seguridad social y el derecho fundamental a la salud. La relación contractual del usuario-paciente está cimentada en normas de origen constitucional y legal que fundamentan y se fundamentan en valores y principios de tipo social y solidario. Ello implica y reitera que la relación EPS e IPS con el usuario se configura en términos de los principios de la seguridad social y no en términos de una relación civil o comercial. Es decir, en términos de un contrato social y no de un contrato mercantil.

En ese orden de ideas, ni siquiera sería importante que la entidad fuese de tipo privado o de tipo público en lo que tiene que ver con la autorización o con la prestación de los servicios de salud. Lo importante es la misión constitucional y legal que en el marco de la seguridad social y de lo social en general deben cumplir tales entidades. De tal manera que con ello se afirmarí­a que ni el derecho fundamental a la salud ni los servicios de salud son una mercancía por el hecho de estar en manos de particulares ni tampoco son cualquier bien o servicio susceptible de ser tratado exclusivamente bajo los parámetros de la eficiencia técnica y económica⁷⁴⁶. La finalidad del derecho fundamental a la salud al interior de un Estado social no puede ser otra que el bienestar y la

⁷⁴⁶ Retomando el concepto de “bienes públicos” señala Amartya Sen que: “ el argumento de los bienes públicos para ir más allá del mecanismo del mercado complementa las razones para que intervenga el Estado, cuyo origen se encuentra en la necesidad e contar con capacidades básicas [...] Por lo tanto, las consideraciones relacionadas con la eficiencia complementan el argumento basado en la equidad para suministrar públicamente educación básica, servicios sanitarios y otros bienes públicos (o semipúblicos). Ob. cit. p. 163.

calidad de vida de las personas y de la comunidad en general⁷⁴⁷. No obstante que se haya señalado como el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en innumerables casos se ha visto obstaculizado por las barreras de acceso que las EPS han impuesto en disfavor de los usuarios como mecanismos de tipo empresarial de contención de costos y de búsqueda de mayores ganancias económicas. Tales barreras dilatan injustificadamente la atención y en veces la hacen, finalmente, innecesaria ante el fallecimiento de quienes precisamente buscaban prolongar su existencia en forma digna, implicando con ello la ineficacia del derecho a la salud por tales razones.

Si la ineficacia la asumimos como el no cumplimiento de las normas que regulan el derecho fundamental a la salud, y si las normas que regulan el derecho citado se asumen como el sistema de fuentes que rigen su prestación, entonces se tendrá que decir en forma preliminar que el incumplimiento total o parcial de las normas que determinan el POSC o su aplicación en forma restrictiva o exegética por parte de las EPS contradicen el concepto de salud integral y los principios de dignidad, de igualdad real y de integralidad

⁷⁴⁷ En la concepción de los derechos fundamentales, en el marco del Estado social de derecho, el acento, según Osuna, se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos –diríamos de todas las personas– para gozar efectivamente de la *libertad real* en condiciones de igualdad –y le agregaríamos, en iguales condiciones de dignidad–. El mismo autor citado señala que a diferencia de lo que ocurre con la teoría liberal-burguesa, los derechos fundamentales en el Estado social son algo más que las cláusulas de separación entre las competencias privadas y públicas, pues dada su relación con el reparto de la riqueza y con la participación de la colectividad en el bienestar se tornan en uno de los componentes más significativos de la dinámica política. Osuna Patiño, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. n.º 37. Bogotá: 1997, pp. 15 y 16. Por su parte Bernal⁷⁴⁷ señala que el Estado social se define como un modelo de organización política que remonta su separación con respecto a la sociedad civil y puntualiza que la caracterización del Estado como Estado social tuvo su causa en diversas vicisitudes sociales, económicas y culturales que se suscitaron en los países europeos desde los comienzos de la revolución industrial. Ob. cit. p. 353. Al respecto, Baldassarre detalla que el “Estado social” es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva, que constituye el subproducto, al parecer difícilmente ineludible, tanto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales y la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado, entre otras causas. Baldassarre, Antonio. *Los Derechos Sociales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. n.º 20, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 27. Véase también a Upegui Mejía, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. n.º 80, Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

constitucionales; así mismo, los contenidos de tal concepto y de dichos principios en el marco del bloque de constitucionalidad referido al derecho fundamental a la salud y la seguridad social.

Si se observan nuevamente la cantidad de acciones de tutela señaladas en el estudio de la Defensoría del Pueblo antes citado en este trabajo, los porcentajes de tutelas por contenidos efectivamente del POSC en él referidos y los ejemplos de conflictos y de negación analizados en sede de revisión de tutela por la Corte Constitucional en más de 13 años –contando desde que entró en vigencia el SGSSS hasta el 2008, fecha de cierre de estudio de este trabajo–, ello, sin contar los muertos del “paseo o tren de la muerte”, entonces se tendría que afirmar que la protección del goce efectivo del derecho fundamental a la salud ha sido ineficaz. Su goce en realidad no ha tenido eficacia o por lo menos no ha sido lo esperado a la luz de la normativa constitucional y legal. Se reitera que la muerte de por lo menos una persona o el agravamiento de un paciente por motivos de contención de costos, de barreras de acceso derivadas de tal propósito, de la negación total o parcial del POSC, de la dilación injustificada de las autorizaciones o el suministro de los servicios de salud por motivos de tipo administrativo, implicaría la necesaria ineficacia del SGSSS y por ende del derecho fundamental a la salud y de su goce efectivo.

La mayoría de acciones de tutela revisadas por la Corte Constitucional y analizadas en este trabajo son casos o reiteraciones de tutelas interpuestas por personas en un especial estado de vulnerabilidad, ya por su edad, ya por su condición económica o por su condición de salud. La contención de costos y las barreras de acceso derivadas de ello se presentan en la negativa de solicitudes provenientes de acceso a los servicios de salud de menores, de adultos mayores, de mujeres en estado de lactancia, de personas sin recursos suficientes para pagar copagos o cuotas moderadoras o semanas faltantes de

cotización y de un gran número de personas que padecen enfermedades de alta complejidad terapéutica o enfermedades denominadas como ruinosas, catastróficas o de alto costo⁷⁴⁸.

Muchas veces la barrera de acceso no se estructura con la negación del servicio de salud sino con la demora o el aplazamiento no justificado de tal servicio a pesar de que el mismo haya sido debidamente autorizado. Lo cual es de mayor gravedad cuando citas, ayudas diagnósticas, exámenes, cirugías o requerimientos con especialistas son dilatados por largo tiempo en los casos de alta necesidad de dichos servicios por la patología o vulnerabilidad del paciente. Ello, por sí solo, sería muestra de la ineficacia del goce efectivo del derecho fundamental a la salud por factores de índole empresarial. Al respecto, la Sentencia T-457 de 2001 fue enfática al señalar: “El principio de continuidad característico de los servicios públicos garantiza la posibilidad real de que la prestación del servicio sea oportuna y de él se desprende que quienes prestan el servicio no puedan realizar actos u omitir obligaciones que puedan comprometer su continuidad porque con ello afectan la efectividad en la prestación. Por ello todo lo que atente contra la debida prestación del servicio se entenderá como un acto contrario a derecho porque atenta contra el principio de la eficiencia y continuidad propio de los servicios públicos, y además el artículo 2º de la Constitución de 1991 establece como uno de los fines del Estado el de *garantizar la efectividad de los principios*”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Véase Quintero Mosquera, Diana Patricia, en cuanto relaciona en forma específica los grupos vulnerables que han sido objeto de protección de tutela por la defensa de su derecho a la salud en Colombia. *La eficacia del derecho a la salud de los grupos vulnerables en Colombia a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993*. Tesis doctoral. Doctorado en Derecho. Universidad Externado de Colombia en 2009.

⁷⁴⁹ La Sentencia T-457 de 2001, agrega: “la condición de urgencia no es la única razón que ilustra la conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida e integridad de las personas, también representa vulneración y condiciones de seria amenaza la omisión, dilación y negligencia en la prestación del servicio de salud, condiciones que ponen en riesgo la integridad física de la paciente”. M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 6 y 7.

A continuación, entonces, se hará el análisis de los casos señalados en el capítulo anterior a la luz del principio de dignidad humana en relación con los efectos de la prevalencia de la libertad económica, del ánimo de lucro y de los mecanismos de contención de costos sobre el derecho fundamental a la salud y por supuesto sobre la salud integral de las personas tutelantes. Como antes se detalló, los casos analizados anteriormente son eventos de negación total o parcial de alta reiteración por más de 13 años de vigencia del SGSSS. Por ello, las aparente pocas tutelas señaladas en dos últimos capítulos, no son más que eventos reiterados en ingente número de acciones de tutela que fueron revisadas por la Corte Constitucional, y que implicaron así mismo la estructuración de la vasta doctrina y de la reiterada jurisprudencia de tal Corte durante la vigencia comprendida entre 1992 y 2008⁷⁵⁰.

6.2 INEFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD COMO CONSECUENCIA DE LA PREVALENCIA DE LA LIBERTAD ECONÓMICA SOBRE TAL DERECHO

La dignidad humana⁷⁵¹ constituye el faro jurídico y moral que deben regir las actuaciones de las personas, la comunidad y la sociedad en el marco de un

⁷⁵⁰ Para los efectos de este apartado, se subsumirá la problemática del sostenimiento y equilibrio financiero, la referida a la integración vertical y la correspondiente a la independencia técnica y administrativa en la problemática de los eventos de negación de los contenidos del POSC, de negación de contenidos no incluidos en el POSC, de la negativa de licencias de maternidad y de incapacidades por enfermedad de origen general, toda vez que en ellos confluye la prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Los eventos que se refieren a las preexistencias en los PAS no se tendrán en cuenta en este capítulo por no ser estrictamente del POSC, pero se quiso analizar anteriormente debido a su estrecha relación con el derecho fundamental a la salud y por su esencia contractual privada. No obstante lo anterior, también los eventos relacionados con este último tópico dan muestra de la ineficacia del derecho fundamental a la salud como resultado de las barreras de acceso contractual (preexistencias en la mayoría de las veces) que las entidades involucradas han puesto en contra del goce efectivo de los PAS. Por ende, en contra del derecho fundamental a la salud como concepto amplio, integral e integrador.

⁷⁵¹ Aquí se dirá con Kant que: “la humanidad misma es dignidad: porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad) en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas (...)”. Véase. Immanuel, Kant, *Metafísica de las Costumbres*, Segunda parte. Principios de la doctrina de la virtud, Tecnos, trad. de Cortina, A., Madrid, 1989, p.335. Por su parte Alexy, señala: “...

Estado social de derecho. Para la Corte Constitucional *"es en verdad principio fundante del Estado (C. P. art.1.º). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución"*⁷⁵². Ya anteriormente se había realizado la conexión inescindible entre la salud, la vida, la igualdad y la dignidad humana. Ninguno de tales conceptos podría hoy coexistir en forma separada en el marco del Estado social⁷⁵³. Ello implica, en forma necesaria, que

hay que partir de de dos normas de la dignidad humana, es decir, una regla de la dignidad humana y un principio de la dignidad humana, La relación de preferencia del principio de la dignidad humana con respecto a principios contrapuestos determina el contenido de la regla de dignidad humana. Lo absoluto no es el principio sino la regla que, debido a su apertura semántica, no necesita una limitación con respecto a ninguna relación de preferencia relevante". Véase Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007. pp. 88-89. En cuanto a la dignidad humana la Corte Constitucional se ha manifestado en muchas ocasiones. Aquí se resalta el siguiente pronunciamiento por su generalidad conceptual de tipo axiológico y de tipo jurídico: "el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida)". Más adelante se señala: "Como conclusión, del tema que ocupa a la Sala, en aras de la identificación de las normas constitucionales a partir de los enunciados normativos constitucionales sobre el respeto a la dignidad humana, se afirmará la existencia de dos normas jurídicas que tienen la estructura lógico normativa de los principios: (a) el principio de dignidad humana y (b) el derecho a la dignidad humana. Las cuales a pesar de tener la misma estructura (la estructura de los principios), constituyen entidades normativas autónomas con rasgos particulares que difieren entre sí, especialmente frente a su funcionalidad dentro del ordenamiento jurídico." Véase, entre otras, la Sentencia T-881 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, pp. 23 y 28, respectivamente; y la T-227 de 2003. M. P. M. P. Eduardo Montealegre Lynett, p.10.

⁷⁵² Y agrega la Corte: "Esa trascendencia suprema que le otorga la Constitución a la dignidad humana supone el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y no como un objeto manipulable al que hay que buscar y encontrarle su fin fuera de sí. Por lo tanto, respetar la dignidad será tener en cuenta que el ser humano es anterior, lógica y sociológicamente al Estado, y por ello los procedimientos operativos y las normas que el propio Estado utilice en sus actividades, han de ser lógica y sociológicamente adecuados a la índole personal de los seres humanos". Cfr. Sentencia C-521 de 1998. M. P. Antonio Barrera Carbonell, p. 5.

⁷⁵³ Precisamente, y en relación directa con el anterior pie de página, la Sentencia T-881 de 2002 señala: "Esta distinción igualmente le permite a la Corte evitar rupturas metodológicas de otra manera insalvables, pues mientras el plano axiológico opera bajo la lógica de lo mejor el plano normativo opera bajo la lógica de lo debido. De esta forma, consideraciones que bien cabrían en el plano axiológico no serían de recibo en el plano normativo. Sin embargo, para efectos prácticos estas diferencias se diluyen, pues los predicados de la dignidad humana comparten también naturaleza normativa. La distinción es importante para la comprensión del concepto como fenómeno lingüístico, de tal forma que cuando se afirma que la dignidad humana es el fundamento del ordenamiento jurídico y del Estado, o que constituye el valor supremo de los mismos, la operatividad del concepto pasa del plano prescriptivo al plano descriptivo, en este sentido la dignidad humana constituye un elemento definitorio del Estado social y de

la eficacia de un derecho esté determinada por la materialización real y efectiva del principio de la dignidad humana, en especial cuando se trata del derecho fundamental a la salud de personas, que como en la mayoría de los casos de tutela referidos, de por sí, se encontraban en un estado de alta vulnerabilidad, por las condiciones ya expuestas en el capítulo anterior.

Si partimos de la premisa antes abordada de que la libertad económica, en su connotación de libertad de empresa, por ende en busca de ánimo de lucro en la actuación comercial de los actores particulares del SGSSS, realiza contención de costos por medio de barreras de acceso a los diferentes servicios de salud y que por ende la libertad económica ha prevalecido sobre el derecho fundamental a la salud, por lo menos en la mayoría de los casos de negativas totales o parciales de los contenidos del POSC detalladas en las acciones de tutela descritas en este trabajo, entonces, podremos afirmar que la dignidad humana se ha visto vulnerada, por lo menos, en esos casos⁷⁵⁴. Veamos:

- Eventos de negación de contenidos POSC

- Los casos reiterados de la negativa de la implantación del lente intraocular, a pesar de la autorización de la cirugía de cataratas es muestra de la violación del principio de integralidad del derecho fundamental a la salud y de la violación al principio de integralidad del tratamiento o del evento requerido con necesidad. La negativa reiterada del lente intraocular bajo una interpretación exegética y no finalista de la norma contradice además el

la democracia constitucional, existiendo entonces una suerte de relación conceptual necesaria entre dignidad humana y Estado social de derecho”. Sentencia citada, p. 25.

⁷⁵⁴ Se enfatiza que la mayoría de casos analizados por la Corte Constitucional han sido reiterativos y de mucha frecuencia. Por ello muchas sentencias de revisión de acción de tutela y sentencias SU reiteran la jurisprudencia plasmada desde, por lo menos, 1995 en casos de negación continuada de servicios de salud en múltiples eventos y modalidades de negación de solicitudes muy similares. Ello, sin contar con el inmenso número de acciones de tutela que no llegan a ser revisadas por la Corte Constitucional, o de los posiblemente muchos casos que ni siquiera llegan a ser tutelados por las personas afectadas con la negación o dilación de los servicios de salud a que tendrían derecho y que prefieren, si es que pueden hacerlo, pagar de su propio bolsillo los servicios requeridos o acudir a servicios de salud por fuera de su EPS o de su IPS.

principio *pro homine*, según el cual en la duda sobre la inclusión o no en el POS se debe decidir en favor de la persona, del paciente. Lógicamente el favorecimiento debe ser oportuno a fin de evitar mayor daño al paciente. Pero, en vez de ello se ha tenido que acudir a instancias judiciales, aun hasta la revisión de la acción de tutela, para que se reconozca y ordene por dicha vía la implantación del lente intraocular, muchos meses después de haberse prescrito por el médico tratante. El paso del tiempo sin una intervención oportuna, el estado de vulnerabilidad de las personas accionantes y la reiterada posición de las EPS de insistir en su posición contraria a los principios citados, son causa de mayor vulneración de la dignidad de aquellas personas. La libertad económica prevalece legal y fácticamente sobre la dignidad de la persona y, con tal hecho, el derecho fundamental a la salud se torna en ineficaz y con él igualmente ineficaz la protección de una vida digna y con calidad.

- En igual dirección, la negativa del tejido corneal como parte integrante e imprescindible del procedimiento del trasplante de córnea vulnera la dignidad de cada uno de los pacientes a los cuales les fue negado el tejido corneal y su calidad de vida en aras de los intereses económicos de las EPS que negaron tales implementos. Así mismo, la negativa del procedimiento de aloinjerto hueso tendón hueso, bajo una interpretación restrictiva del POSC, alude a la vulneración de la dignidad humana haciendo ineficaz el derecho fundamental a la salud por falta de cobertura necesaria de implementos médico-quirúrgicos, según lo remitido por el médico tratante y adscrito a la propia EPS que niega la solicitud como mecanismos de retardo y de contención de costos.
- En lo relativo al tema de negación de prótesis, en especial con lo relacionado a objeto ortésicos, *socket* y alineación y mano de obra, a pesar de ser una prestación incluida en el POSC, reitera las decisiones que

fundamentadas en criterios comerciales implican la prevalencia de lo económico sobre el derecho fundamental a la salud y con ello la ineficacia de este último.

- Otras negativas tratadas en el capítulo anterior de servicios incluidos en el POSC son muestra igualmente de obstáculos económicos que las EPS involucradas han interpuesto sobre el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en contra de la dignidad humana, de la protección especial de tipo constitucional que cubre a ciertos grupos poblacionales y a ciertas personas por estado de vulnerabilidad manifiesta.

Los altos porcentajes de eventos de negación de medicamentos, procedimientos, intervenciones, citas médicas, cirugías, solicitudes de exámenes y de prótesis y órtesis⁷⁵⁵ que efectivamente se encontraban en el POSC develan no solo el incumplimiento de las obligaciones naturales surgidas del plan de beneficios como tal, sino también el incumplimiento de los fines propios del SGSSS. La negativa, aun de los contenidos propios del POSC, es muestra clara de las políticas de tipo administrativo y económico que han utilizado las EPS involucradas, con el fin de disminuir costos y maximizar su rentabilidad sobre cualquier otro tipo de consideración social. La racionalidad económica expresada en estos extremos violenta la visión integral e integradora del derecho fundamental a la salud y por ende la dignidad de las miles de personas que han visto bloqueado el acceso a los mínimos servicios de salud que el POSC representa.

El derecho fundamental a la salud, en consecuencia, se hace ineficaz. Su protección queda al arbitrio de las entidades que deben responder por lo menos

⁷⁵⁵ Según el estudio de la Defensoría del Pueblo, el 53.38% de las acciones de tutela referentes al tema de la salud en la vigencia de 2006-2008 fueron interpuestas por negación de servicios incluidos en el POSC. En la mayoría de los casos el porcentaje de negaciones de contenidos del POSC superaba el 70%, tal como lo fue para el caso de las cirugías, los procedimientos y las citas médicas. Cfr. ob. cit.

por sus propios afiliados. El gasto de bolsillo⁷⁵⁶ para cubrir los servicios incluidos en el POSC, que ya habían sido cubiertos por medio de las respectivas cotizaciones, se debe ver consecuentemente aumentado⁷⁵⁷. La población vulnerable se torna más vulnerable y la población con capacidad de pago se ve compelida a invertir de su propio patrimonio para cubrir los servicios de salud, que se reitera, ya estaban pagados. La racionalidad económica y eficientista niega la razón social y hace nugatorio el derecho fundamental a la salud.

El principio de integralidad, con él el de la continuidad se ven vulnerados. El mismo POSC se fragmenta y los servicios de salud adolecen de oportunidad, calidad y eficiencia en términos sociales. El afiliado o beneficiario se ve, normalmente, obligado a recurrir a otras vías de acceso al goce efectivo del derecho fundamental de salud y a los servicios de salud derivados de tal derecho, entre ellas a interponer derechos de petición, acciones de tutela o de recurrir a financiar de su propio patrimonio individual o familiar los gastos ocasionados por su enfermedad. La justiciabilidad y garantía de un derecho que

⁷⁵⁶ Según Peticara, los gastos de bolsillo en salud (GBS) “son aquellas erogaciones en ítems de salud (hospitalización, procedimientos ambulatorios, medicamentos) netas de cualquier reembolso efectuado por el sistema de salud o seguro al que se esté afiliado. Se consideran catastróficos los GBS que superan una cierta cota o *threshold* de la capacidad de pago del hogar. La capacidad de pago del hogar se define como el ingreso total del hogar menos aquel nivel de gasto necesario para cubrir necesidades básicas de subsistencia. En la literatura, se ha tomado como cota el 40%.” Véase documento de Marcela Peticara. *Incidencia de los gastos de bolsillo en salud en siete países latinoamericanos*. Chile: Naciones Unidas. Cepal. División de Desarrollo Social. Serie Políticas Sociales. n.º 141. 2008, p. 19. El mismo estudio se refiere a que “Generalmente el riesgo de incurrir en gastos catastróficos es mayor en hogares de bajos ingresos, en los que existen adultos mayores, no asegurados o con seguros de cobertura limitada que involucran altos copagos, en los que alguno de sus integrantes enfrenta enfermedades crónicas, o enfrenta eventos hospitalarios”. Ob. cit., p. 10.

⁷⁵⁷ Téngase en cuenta que el gasto de bolsillo en salud (GBS) es un indicador determinante de inequidad social. Se le considera una de las fuentes más inequitativas de financiamiento de un sistema de salud. Cfr. Documento de Esperanza Echeverry López. “La salud en Colombia: Abriendo el siglo...y la brecha de las inequidades”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*. Universidad Javeriana. Bogotá, n.º 3, diciembre de 2002, p. 90. Sobre el aumento o disminución del GBS es de anotar que mientras la investigación de *Dilemas en la atención de salud* señala como percepción el aumento en los costos de bolsillo en la atención como consecuencia de las barreras de acceso a la salud (ob. cit., p. 65) en la obra *Luces y sombras de la reforma en salud en Colombia* (ob. cit.), se advierte una disminución del GBS. Sin embargo, el mismo texto señala: “Los datos suministrados por cuentas de salud no permiten conocer cómo se ha dado esa reducción por niveles de ingreso de la población”.

de por sí es irrenunciable y de los servicios de salud que están efectivamente contenidos en el POSC tienen que ser pedidos por medio de acción de tutela, con los costos de tiempo y de recursos económicos que implica para el paciente o su familia, y los que implica para el Estado activar el aparato judicial para la protección del derecho fundamental a la salud que debió darse en forma oportuna por las entidades involucradas⁷⁵⁸. Se diría, junto con Vélez, que prácticamente la acción de tutela ha dejado de ser un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales, para convertirse en un mecanismo alternativo de acceso a los servicios de salud⁷⁵⁹ o como un requisito de procedibilidad para su goce⁷⁶⁰.

Si retomamos el carácter de bien meritorio de la salud, donde el acceso universal es una condición deseada, podríamos afirmar que el beneficio del tutelante por un fallo a su favor podría perjudicar a otros integrantes de la sociedad, máxime si se acepta el principio de la escasez de los recursos para la salud y la supuesta demanda infinita de servicios de salud. Si los fallos de la Corte Constitucional se analizan desde la división en al menos las tres

⁷⁵⁸ En reciente estudio se hizo referencia a un promedio de \$822.098 como costo en que incurre el sistema judicial para dar trámite a una sola acción de tutela en salud en primera instancia en Medellín. El mismo estudio extrapolando ese valor a las 346.424 acciones de tutela interpuestas del 2006 al 2008 y referidas al tema de la salud, según el pluricitado estudio de la Defensoría del Pueblo, daría un estimado de \$152.950.342.788. Véase investigación: Valoración monetaria de los servicios de salud y del proceso legal de las tutelas en Medellín, realizado por el estudiante de Administración de Servicios de Salud de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia, con la asesoría del profesor Emmanuel Nieto López, 2010. Análisis que se realizó sobre una muestra de 146 tutelas en salud.

⁷⁵⁹ Véase Vélez, Alba Lucía. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? Disponible en: [<http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol36No3/cm36n3a10.htm>]. Véase también de la misma autora: La protección del derecho a la salud y la acción de tutela. Caso de estudio. Manizales, 2009. Universidad de Caldas, 2010.

⁷⁶⁰ Con Vélez se hará la misma pregunta de su escrito: ¿Debe instaurarse la acción de tutela para que las EPS puedan repetir ante el Fosyga? Ob. cit. De otra forma: ¿Es necesaria la sentencia de la acción de tutela como requisito para que las EPS procedan a la prestación del servicio de salud requerido?, y como consecuencia de tales preguntas se podría a su vez interrogar: ¿Ha sido eficaz la acción de tutela para proteger el derecho fundamental a la salud? ¿Ha sido eficaz el incidente de desacato? Cuestiones que posiblemente podrían ser resueltas en otro tipo de investigación.

categorías que realiza Pérez Salazar⁷⁶¹, es decir los de tipo distributivo, los que tiene que ver con eficiencia y los relacionados con los costos de transacción, entonces la afirmación anterior, en lo que se refiere a las negaciones de los propios contenidos del POSC, no sería tan absoluta. Primero, porque como señala el autor citado, en referencia de los fallos de tipo distributivo, se trata de una transferencia que no necesariamente implica un costo desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, porque los beneficios de unos y los costos de otros se compensan⁷⁶². Pero, además, porque en los eventos de negación de los servicios POS del régimen contributivo los beneficios que se tutelan ya están costeados dentro del SGSSS y se compensan al interior del Fosyga. A más que ya están *pagados* por el afiliado o beneficiario accionante. Segundo, porque en el evento de la negación de los contenidos del POSC, los fallos que proveen tales beneficios lo hacen de la manera prevista en una disposición del ordenamiento jurídico vigente, por tanto tales fallos no ordenan la provisión de dichos beneficios de una manera menos eficiente que la prevista en la norma, y como consecuencia de ello no puede haber un costo neto para la sociedad. No obstante lo anterior, con relación a los costos de transacción de los fallos de tutela, en especial los relativos a trámites, demoras y otros costos procesales, estos son asumidos por la sociedad en su conjunto, pese a que en principio el accionante no tendría por qué haber tutelado por un servicio de salud contenido efectivamente en el POSC⁷⁶³. Esto, se reitera, contribuye a la ineficacia del

⁷⁶¹ Véase Pérez Salazar, Mauricio. “Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991” en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Directores del proyecto: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Coordinador. Alexei Julio Estrada, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2007, pp. 815 y ss.

⁷⁶² En palabras de García y Uprimny: “...el impacto económico de las decisiones –de los jueces constitucionales– no es argumento que justifica las desprotección de los derechos sociales. Las consecuencias económicas de los fallos son el precio que se debe pagar por la realización de un Estado social de derecho en una sociedad con tantas carencias como la nuestra”, ob. cit, capítulo 9°. La reforma a la tutela: ¿ajuste o desmonte?, p. 516.

⁷⁶³ Pérez Salazar reseña el siguiente ejemplo de lo que él considera un caso aún más extremo de costos de transacción que no parecen justificados: “... cuando los afiliados de la EPS del ISS acuden a las farmacias de esa institución para que les sean suministrados los medicamentos recetados por su médico y la droga no está disponible, reciben la siguiente indicación del empujado de la ventanilla: “mire, señor, no tenemos la droga que usted pide. No sé cuando nos llegará. Pero le aconsejo acudir a la cartelera del sindicato –allí

derecho a la salud de los afiliados y beneficiario del régimen contributivo y del propio sistema.

- Eventos de negación de contenidos no incluidos en el POSC

- El tema de la negativa de medicamentos no incluidos en el POSC, por lo menos en lo que concierne a aquellos requeridos con necesidad, afirman la prevalencia de barreras de acceso sobre el goce efectivo del derecho fundamental a la salud. El principio de la dignidad humana se ha visto menguado con la reiterada negativa de las EPS de suministrar medicamentos a poblaciones en estado de alta vulnerabilidad, como fue y ha sido el caso de las personas en fase Vih-Sida, bajo el argumento de la no inclusión de tales drogas en el POSC, o en otros casos bajo los argumentos adicionales de no haberse agotado las posibilidades terapéuticas incluidas en el Plan o de no haberse utilizado los medicamentos sustitutos a que refiere el listado. De nuevo el desconocimiento de las prescripciones realizadas por el médico tratante y adscrito a la EPS en cuestión, o de la interposición de barreras administrativas o de tipo reglamentario demuestra la ineficacia del derecho a la salud en poblaciones de especial protección constitucional en aras de la maximización de utilidades económicas sobre la maximización de utilidad social.
- Con relación a los procedimientos no contemplados en el POSC, los ejemplos dados en el capítulo anterior son evidencia del verdadero requerimiento con necesidad de los procedimientos solicitados. Solicitudes que finalmente fueron demostradas como requerimientos necesarios de

encontrará un formato para presentar tutela ante un juez. Tan pronto el juez falle a su favor, la droga nos llegará y usted podrá reclamarla sin problemas”. Como consecuencia, la Oficina del ISS tiene un ejército de abogados cuyo único oficio consiste en contestar tutelas, que se fallan en contra del Instituto en la mayoría de los casos”. Ob. cit, p. 817. Según la investigación antes señalada, es posible que los costos que asume el sistema judicial para la garantía del goce efectivo de los servicios de salud en las tutelas interpuestas por contenidos POS sea mayor que el propio costo de los servicios tutelados y que estaban efectivamente en él incluidos.

protección real de la vida digna y con calidad de los pacientes afectados, pero que fueron expuestos a demoras administrativas o a trámites de tipo judicial a pesar de sus condiciones graves de salud, de su estado de vulnerabilidad, o de su calidad de sujetos especialmente protegidos por la normas constitucionales. El derecho a la salud se torna ineficaz bajo las medidas de eficiencia empresarial y con ello se vulnera la dignidad humana en aras de objetivos meramente económicos.

En este punto la prolija normativa existente en el tema de la salud, la ambigüedad de las normas existentes, las diferentes y en veces contradictorias interpretaciones de la norma vigente para los planes de beneficios, y los “claros oscuros” que implican la ambigüedad de tal normativa han contribuido a que tales vacíos sean utilizados como mecanismos de contención de costos y barreras de acceso a los servicios de salud de los beneficiarios del régimen contributivo en salud. Las EPS involucradas han utilizado la ambigüedad existente en contra del derecho fundamental a la salud y a favor de sus intereses económicos.

La problemática general del POSC y de todo el concepto del POS deriva de su normativa vigente⁷⁶⁴. Si bien la Ley 100 de 1993 y la misma Ley 1122 de 2007, el Acuerdo 008 de 2009, entre otros, determinaron unas pautas generales para la estructuración del POS, ninguna de ellas dijo con claridad qué se pretende con el POS, cuál es su objetivo, cuáles son los criterios de su estructuración, cuáles son los procesos y procedimientos de su conformación. El POS actual es claro sólo en lo relacionado con su fundamentación en el costo-beneficio de su contenido. Todo ello implica que la inclusión o exclusión de servicios,

⁷⁶⁴ Según los hallazgos en la investigación denominada *Dilemas en las decisiones en la atención en salud. Ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera*, entre los problemas para la implementación de la legislación del Sistema General de Seguridad Social son entre otros: sobreproducción normativa, permite múltiples interpretaciones, cambia constantemente, confusión y rechazo por algunos actores y desconocimiento de la misma por actores. Ob. cit., p. 188.

medicamentos e intervenciones de salud sean de tipo coyuntural y bajo criterios subjetivos, o preferencialmente de tipo económico. Del mismo modo, que las decisiones judiciales sean, algunas veces, tomadas bajo criterios individuales o casuísticos, y que los actores, incluyendo los organismos rectores, se vean enredados en las denominadas *zonas grises* del POS, que no son otra cosa que falta de claridad conceptual y normativa de los contenidos y componentes del POS. En ese orden de ideas, el POS o cualquier plan de beneficios de salud debe explicitar sus contenidos, sus exclusiones y ante todo determinar, sin ambages, que su objetivo final será proteger, conservar y mejorar la salud de los habitantes del territorio colombiano, en tal sentido se tendrán que definir las prioridades de salud de los colombianos y de allí derivar sus contenidos o exclusiones.

El Acuerdo 008 de 2009 de la CRES por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado y cuya vigencia se reitera inició el 1 de enero de 2010⁷⁶⁵, avanza en la fijación de criterios para la aclaración, modificación o actualizaciones del POS, igual avanza en la utilización de un lenguaje más técnico toda vez que adopta la codificación y nomenclatura de la Clasificación Única de Procedimientos en Salud –CUPS– para expresar las prestaciones que componen el POS en términos de actividades, procedimientos e intervenciones, igual señala lo que se pretende con la norma comentada⁷⁶⁶, pero tampoco es clara en la determinación de lo que se pretende con el POS, cuál es la salud que se protege, ni está basada en estudios definitivos de causas de morbi-mortalidad ni se han definido prioridades en la protección del derecho fundamental a la salud de los colombianos.

⁷⁶⁵ Según el artículo 86 del Acuerdo 003 de 2009, quedan derogadas, a partir de la vigencia del citado Acuerdo, las disposiciones que le sean contrarias, en especial las contenidas en los Acuerdos 008, 226, 228, 236, 263, 282, 259, 302, 306, 313, 336, 350, 356, 368 y 380 expedidos por el CNSSS, al igual que el Acuerdo 003 de 2009 de la CRES y las disposiciones que le sean contrarias.

⁷⁶⁶ Cumplir en parte y progresivamente con las órdenes contempladas en la Sentencia T-760 de 2008.

El Acuerdo 008 de 2009 parece supeditarse a la concepción exegética de que sólo está incluido en el POS lo que expresamente esté relacionado en él y excluido todo aquello que no lo está y todo aquello que esté señalado como exclusión. En el mismo sentido las limitaciones al POS. Sin embargo, bajo tal razonamiento las *zonas grises* persistirán, las indeterminaciones normativas permanecerán y los conflictos normativos no cesarán. Máxime cuando, y sólo como ejemplo final, el listado de exclusiones señala que las bolsas de colostomía estarán excluidas del POSC⁷⁶⁷ a pesar de que múltiples sentencias de revisión de tutela han determinado que ellas hacen parte integral del procedimiento quirúrgico de colostomía, y en consecuencia han procedido a ordenar su entrega⁷⁶⁸, lo cual, por lo menos en tal caso, perpetuará la ineficacia del derecho fundamental a la salud por motivos, esta vez, intrasistémicos de la normatividad que rige el POSC.

Además de las exclusiones y limitaciones del POSC, es preciso decir que sobre sus contenidos existe un problema jurídico adicional relacionado directamente con el principio de la integralidad. Pese a la consagración de los contenidos del POSC, aún existen controversias sobre su real contenido y sobre la forma en que debe ser interpretada la resolución del contenido o no de un servicio o intervención requerida. Así por ejemplo, se resalta de la reseña de la intervención de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral

⁷⁶⁷ Véase el numeral 17 del literal b del artículo 69 del Acuerdo 003 de 2009.

⁷⁶⁸ Véanse, entre otras, la T-636 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 16; la T-367 de 2004. M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 15 y la T-348 de 2006, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, p. 13. Es de anotar que en la primera sentencia referida, el Supersalud conceptuó que la EPS tutelada debía suministrar las bolsas de colostomía, p. 4. En la Sentencia T-367 de 2004 se anota que la negativa no se funda en una norma que estipule de forma expresa y precisa la exclusión, sino en la nueva interpretación que el MPS dio a la norma, “*en la cual este suministro se debe garantizar en el periodo pos-quirúrgico, mientras el paciente se encuentra hospitalizado. Durante la fase ambulatoria o durante el manejo del paciente en su domicilio, los elementos de manejo de ostomías, no están cubiertos por el POS*”, p. 13. En la tercera sentencia se refiere a que tanto el MPS como la EPS están de acuerdo en que los tratamientos solicitados se encuentran excluidos del POS, p. 11. Todo ello demuestra el debate interpretativo que puede causar una norma ambigua o la falta de regulación con respecto a un tema referido a los contenidos o no del POSC.

(ACEMI) realizada en la Sentencia C-316 de 2008⁷⁶⁹, que según escrito del Ministerio de Hacienda y Crédito Público remitido a la Supersalud⁷⁷⁰ para establecer si una prestación se encuentra en el POS, no es suficiente realizar un análisis conceptual sino que se requiere verificar si la misma se calculó dentro de la UPC (prima), reconocida al asegurador (EPS). En igual forma, en concepto citado por ACEMI⁷⁷¹, el mismo Ministerio explicó que no es posible realizar interpretaciones de sentido común, en virtud de las cuales todo lo que se requiere para la realización de una prestación que está dentro del POS se entiende incluido dentro del mismo. No obstante lo anterior, el escrito de ACEMI se refiere a que, por el contrario, el MPS ha señalado en concepto remitido a la EPS Comfenalco Valle, en fecha 26 de abril de 2007, que "la cobertura de todo insumo o elemento biomédico es conexa con la del procedimiento mencionado o descrito en las normas del respectivo régimen". Lógicamente la existencia de posiciones o interpretaciones diferentes acerca de la definición del POS implica también una barrera de acceso al POS⁷⁷², máxime cuando tales conceptos disímiles provienen de organismos con autoridad para pronunciarse sobre tales temas.

La posición jurisprudencial constitucional con relación a los contenidos del POS ha estado encaminada a sostener que se debe tener un criterio finalista. En varios casos en donde se ha tutelado el tema de la inclusión o no del lente intraocular en la cirugía de cataratas, ha señalado la Corte que si bien no se encuentra incluido expresamente en el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994, sí se incluye en el POS y debe ser por tanto suministrado en aplicación de un criterio finalista; se trata de una prevalencia de las inclusiones

⁷⁶⁹ M. P. Jaime Córdoba Triviño, p. 32.

⁷⁷⁰ Se referencia como fecha de envío el 18 de febrero de 2004.

⁷⁷¹ Se refiere a concepto emitido a la EPS Comfenalco Valle el 7 de septiembre de 2007.

⁷⁷² Precisamente los propios considerandos del Acuerdo 289 de 2005 del CNSSS reconocieron que en lo relacionado con la cobertura de procedimientos de cirugía plástica reconstructiva o funcional se habían dado diferentes interpretaciones en los contenidos del POS en lo que a estos procedimientos se refiere, generando con esto dificultades en la prestación de los servicios a los afiliados.

particulares sobre las exclusiones generales. Igual ha dicho, refiriéndose a los insumos e implementos para una intervención quirúrgica, procedimiento o examen diagnóstico que requiera reactivos especiales, que ellos se encuentran incluidos como un todo en tales eventos, aunque no se incluyan expresamente en la citada Resolución⁷⁷³, lo cual es absolutamente acorde con el principio de integralidad, no sólo entendido como la cobertura de todas las contingencias sino como la protección en todas las fases del acto médico y como garantía de la totalidad de insumos, medicamentos, implementos y demás, necesarios para el logro del principio de eficiencia y calidad de tal acto.

A lo anterior se debe agregar que, tal como lo refiere la varias veces citada Sentencia T-760 de 2008⁷⁷⁴, cabe advertir que la Ley 100 de 1993 y los acuerdos o resoluciones que reglamentaron el tema del CTC⁷⁷⁵ nada estipularon sobre el procedimiento que se llevará a cabo en los casos de requerirse servicios, intervenciones o medicamentos no POS. Sobre los medicamentos fueron los decretos reglamentarios los que definieron el procedimiento en relación con el CTC. A esto se unieron las reglas y subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional para tal efecto. Como bien lo expresa la sentencia en cita, en cuanto a intervenciones no POS, nada se había reglamentado, por tanto, una vez más, había sido la jurisprudencia constitucional la llamada a establecer las reglas y subreglas que a manera de requisitos fueron utilizadas en la decisión de amparar o no un servicio o intervención no POS. El vacío normativo al respecto había sido, sin duda, una barrera inicial de acceso importante en estos eventos. No obstante, la falta de reglamentación, podría afirmarse que bajo el condicionamiento realizado por la

⁷⁷³ Véanse, entre muchas, las ya referidas sentencias T-1081 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-852 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-859 de 2003, T-860 de 2003 y T-221 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-007 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y la T-353 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁷⁴ M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁷⁵ Por ejemplo, ni en el acuerdo 83, ni en las resoluciones 5061 de 1997, 2312 de 1998 y 2933 de 2006.

Sentencia C-463 de 2008⁷⁷⁶ acerca de la exequibilidad del literal j) del artículo 14 de Ley 1122 de 2007, las solicitudes no POS de servicios de salud diferentes a medicamentos que hayan sido prescritos por el médico tratante también debían ser estudiadas oportunamente por la respectiva EPS. Pero sólo fue hasta la expedición de la Resolución 3099 de 2008⁷⁷⁷ que en su artículo 4º se incluyó como función de los CTC el evaluar, aprobar o desaprobar las prescripciones u órdenes médicas presentadas por los médicos tratantes de los afiliados, de los medicamentos y demás servicios médicos y prestaciones de salud por fuera del Manual Vigente de Medicamentos del POS como en el Manual Vigente de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del SGSSS, manual listado de medicamentos del POS.

Pese a lo anterior, persiste un problema también citado por la Sentencia T-760 de 2008, esto es, el de la falta de reglamentación acerca de la forma como se deben resolver los conflictos suscitados entre el médico tratante y el CTC, en especial cuando el médico tratante insiste en su opinión acerca de la necesidad del medicamento, del servicio o de la intervención no POS⁷⁷⁸, problemática que puede implicar una barrera a la eficacia del principio de la integralidad e igualdad material, por ende, al acceso real del paciente al derecho fundamental a la salud y que seguramente llevaría a la utilización nuevamente de la acción de tutela como medio para acceder a tal derecho.

Las decisiones de las EPS relacionadas en el cúmulo de acciones de tutela señaladas en el transcurso de este trabajo sobre el tema “no POS” han

⁷⁷⁶ M. P. Jaime Araújo Rentería.

⁷⁷⁷ Por la cual se reglamentan los CTC y se establece el procedimiento de recobro ante el Fosyga, por concepto de suministro de medicamentos, servicios médicos y prestaciones de salud no incluidos en el POS, autorizados por el CTC y por fallos de tutela. Tal resolución fue modificada por la Resolución 3754 de 2008.

⁷⁷⁸ Recuérdese que la jurisprudencia constitucional ha señalado, en términos generales, que el concepto del médico tratante, en principio, prevalece sobre las decisiones del CTC. Véanse, entre otras, las ya referidas sentencias T-344 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; la T-083 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, y la T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

evidenciado la prevalencia de la racionalidad consecuencialista de tales empresas y de los oligopolios existentes en el sector salud sobre la concepción finalista de las normas de salud.

En ese orden de ideas, las decisiones reiteradas por parte de las EPS objeto de tutela de negar servicios de salud por no estar, supuestamente, incluidos en el POSC ha hecho ineficaz el goce del derecho fundamental a la salud ante el maremágnum administrativo a los cuales se han visto abocados los pacientes. Igualmente, ante las exigencias de tipo administrativo que les han impuesto a los afiliados y beneficiarios de los servicios de salud, a las eventuales restricciones a los médicos para formular servicios o medicamentos no incluidos en el POSC, a las largas esperas en las decisiones, y a la necesidad de recurrir ante la jurisdicción constitucional, muchas veces con el propio auspicio de alguna EPS, con el fin de solicitar la tutela de su derecho.

Con relación al análisis de los fallos de la Corte Constitucional desde la división en al menos las tres categorías que realiza Pérez Salazar⁷⁷⁹, es decir, los de tipo distributivo, los que tienen que ver con eficiencia y los relacionados con los costos de transacción, entonces se tendría que señalar, en lo que se refiere a las negaciones de servicios de salud no contenidos del POSC, que la afirmación de que el beneficio del tutelante por un fallo a su favor podría perjudicar a otros integrantes de la sociedad, también es relativa. Primero porque, como se refirió anteriormente, en los fallos de tipo distributivo se trata de una transferencia, que no necesariamente implica un costo desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, porque los beneficios de unos y los costos de otros se compensan. Además, porque muchos de los fallos analizados en sede de revisión de acción de tutela por la Corte Constitucional demostraron que los supuestos servicios de salud no incluidos en el POSC efectivamente lo estaban bajo una interpretación finalista de la norma y en

⁷⁷⁹ Ob. cit., pp. 815 y ss.

aplicación del principio *pro homine*, y en este sentido ya se encontraban costeados y cubiertos por el peticionario. Segundo, porque en el evento de la negación de servicios no contenidos del POSC, pero que en efecto sí estaban en él, finalmente se acogen a la norma existente, por tanto tales fallos tampoco ordenan la provisión de dichos beneficios de una manera menos eficiente que la prevista en la norma, y como consecuencia de ello no puede haber un costo neto para la sociedad. No obstante, en los eventos de reconocimiento de servicios realmente no incluidos en el POSC vía acción de tutela podría decirse, desde una concepción de costo-beneficio o de tipo utilitarista, que los fallos que ordenan la provisión de beneficios no incluidos en el POSC lo hacen de una manera menos eficiente que la prevista en la norma legal o reglamentaria y que como consecuencia de ello puede haber un costo neto para la sociedad. Pero, desde una concepción de Estado social y en el entendido que el servicio no incluido en el POSC era requerido con necesidad, entonces el costo para la sociedad vía el principio de solidaridad se convierte en el costo que mínimamente una sociedad solidaria debe afrontar para proteger la salud y la vida de cada uno de sus miembros⁷⁸⁰. Con relación a los costos de transacción de los fallos de tutela tendrá que decirse lo mismo que en el caso de los servicios del POSC; es decir que los costos son asumidos por la sociedad en su conjunto, lo cual también contribuye a la ineficacia del derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del régimen contributivo.

⁷⁸⁰ Aquí sólo se refiere a los servicios de salud que no estando incluidos en el POSC fueron ordenados vía acción de tutela con base en el cumplimiento de las reglas y subreglas jurisprudenciales construidas por la Corte Constitucional para tal efecto, en especial que el servicio en general o el medicamento en particular sean requeridos con necesidad. Por tanto, con relación a eventuales fallos de acción de tutela que hayan ordenado servicios de salud no incluidos en el POSC actual y que no hayan cumplido con las reglas y subreglas en cuestión, o que hayan sido manifiestamente contrarios al objetivo de proteger la salud o la vida, se tendría que afirmar que ellos sí implican un costo neto para la sociedad que ella no debe asumir. Por ende, en estos eventos la afirmación de que el beneficio del tutelante por un fallo a su favor podría perjudicar a otros integrantes de la sociedad sería completamente cierta. Esto acarrearía que dichos fallos provean beneficios en forma menos eficiente que la norma legal o reglamentaria, que se rompa el necesario equilibrio financiero del SGSSS y que, en estos casos, se quebrante el principio de la solidaridad en aras de beneficios particulares y ajenos a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad.

- Eventos de negación por copagos, cuotas moderadoras o falta de períodos mínimos de cotización de contenidos POSC

Normalmente en estos eventos de negación de servicios de salud por el no pago de copagos, cuotas moderadoras o por la falta de la demostración de periodos mínimos de cotización se han articulado las negativas basadas en la no inclusión de medicamentos o procedimientos en el POSC con la incapacidad de pago de los pacientes o de sus familiares de los copagos, cuotas moderadoras o de los porcentajes por falta de la cotización total o parcial de los periodos mínimos de cotización. Tales circunstancias han implicado que pacientes que han sido remitidos a procedimientos de alto costo, o a quienes les han prescrito con urgencia y necesidad un medicamento o procedimiento, no hayan sido oportuna e integralmente atendidos. En estos casos se repite la problemática de los pacientes altamente vulnerables, no solo por su deteriorado estado de salud, sino también por su condición de falta de recursos económicos para acceder a los servicios de salud solicitados.

La negativa de servicios de salud por condicionamientos económicos o de tipo financiero de las EPS es quizá la muestra más contundente de la primacía de las razones empresariales y de contención de costos vía barreras de acceso sobre la dignidad y calidad de vida de los pacientes. Quizá es de las formas más directas de violentar los preceptos constitucionales de protección de la vida digna, de igualdad real y material, de protección del derecho fundamental a la salud y de protección de la seguridad social integral. Por ende, de hacer ineficaz el derecho fundamental a la salud vía prevalencia de los intereses económicos de las EPS.

La dignidad humana se ha visto vulnerada ante las imperativas exigencias de copagos, cuotas moderadoras o de porcentajes por falta de semanas de cotización. Exigencias que han incluido hasta la amenaza de no atender al paciente, de no continuar con su tratamiento o de darle de alta a pesar de su

grave estado de salud. Todo ello en vulneración del estado de salud del paciente, y en la mayoría de las ocasiones de su familia, que en últimas son quienes se ven expuestos a los avatares administrativos impuestos por la racionalidad económica analizada.

No obstante que la Corte Constitucional determinó la constitucionalidad de los copagos, cuotas moderadoras⁷⁸¹ y la exigencia de periodos mínimos de cotización⁷⁸², la exigencia como regla general de tales conceptos, sin tener en cuenta las condiciones económicas y de vulnerabilidad de los pacientes en forma particular, deviene en una negación injustificada del servicio, por tanto, en una vulneración real del principio de equidad⁷⁸³ que rige la aplicación de copagos y cuotas moderadoras a la luz del artículo 5.º del Acuerdo 260 del CNSSS, que estipula que las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales.

En estos eventos la afirmación de que un beneficio de salud otorgado por vía de fallo de tutela podría afectar a otros integrantes de la sociedad puede ser cierta si se analiza desde la óptica del costo-beneficio, toda vez que normalmente los copagos, cuotas moderadoras y porcentajes de dinero por semanas faltantes para cubrir los periodos mínimos de cotización han sido inaplicados en favor del accionante, pero en la mayoría de ellos el fallo ha ordenado que la EPS o IPS

⁷⁸¹ Téngase en cuenta que la totalidad de los recaudos por concepto de copagos y cuotas moderadoras pertenece a la EPS, según el artículo 13 del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS.

⁷⁸² Véanse las ya referidas sentencias C-112 de 1998 y la C-542 de 1998.

⁷⁸³ Principio que también se encuentra señalado como un fundamento propio del servicio público de salud del SGSSS en el numeral 1 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 en cuanto señala que el SGSSS proveerá gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes en Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrecerá financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, así como mecanismos para evitar la selección adversa.

involucrada repita contra el Fosyga, y en esos términos los dineros reconocidos vía recobro son del SGSSS en su conjunto. Desde esa óptica también los fallos en tal sentido hacen una aplicación menos eficiente que la norma que contempla dichos pagos. Pero, si se analiza desde la concepción de Estado social y de que la gran mayoría de tutelantes requerían con necesidad los servicios de salud negados por las entidades involucradas y que además demostraron su falta de recursos económicos⁷⁸⁴ para cubrir las sumas de dinero referidas a copagos, cuotas moderadoras y porcentajes de semanas, entonces habría que decirse que la inaplicación de tales pagos a favor del tutelante es eficaz en términos de la Constitución de 1991 y del principio de solidaridad que ella y las normas reglamentarias prescriben. En tal sentido, el pago por el Fosyga sería también el costo que una sociedad solidaria debe asumir por la salud y la vida de sus miembros más vulnerables⁷⁸⁵. En cuanto los costos de transacción de tipo procesal son también costos que la sociedad en su conjunto debe asumir, pero que podrían evitarse en estos casos si las entidades involucradas en uso de la posibilidad de inaplicar el cobro de copagos y cuotas moderadoras en casos específicos así lo hicieran⁷⁸⁶, en consideración de la vulnerabilidad económica y de salud de dichos afiliados o de sus beneficiarios, y no sólo en consideración de la maximización de sus ganancias.

⁷⁸⁴ Incapacidad económica que normalmente incluye al actor y a su núcleo familiar, aun ellos perteneciendo al Régimen Contributivo.

⁷⁸⁵ Igual, aquí no se incluye las personas que no requieran los servicios con necesidad o que requiriéndolos tengan efectivamente capacidad de pago. Ya que si así fuera, entonces, sus demandas serían un alto costo que la sociedad, ni siquiera por vía de solidaridad, debería asumir.

⁷⁸⁶ Recuérdese que el numeral 1 del artículo 5.º del Acuerdo 260 de 2004 del CNSSS señala que las cuotas moderadoras y los copagos en ningún caso pueden convertirse en una barrera para el acceso a los servicios, ni ser utilizados para discriminar la población en razón de su riesgo de enfermar y morir, derivado de sus condiciones biológicas, sociales, económicas y culturales. Así mismo el artículo 4.º de la Constitución de 1991 permite la inaplicación de normas legales o reglamentarias en casos manifiestos de contradicción con los preceptos constitucionales, en especial con el de igualdad real consagrada en el artículo 13 superior. Véase también lo señalado en el artículo 13 del Acuerdo 260 de 2004 en cuanto a la libertad de las EPS para definir de manera general el no pago de cuotas moderadoras en los casos de órdenes de ayudas diagnósticas o de fórmulas de medicamentos con dos o menos ítems.

- Eventos de negación de licencias de maternidad

La unidad madre-hijo en los eventos de negación del reconocimiento y pago de licencias de maternidad por parte de las EPS se ve compelida a un estado de necesidad que riñe con la concepción de Estado social de derecho y de la salud como un derecho integral. Tal situación vulnera también los preceptos superiores de la protección especial a la familia como núcleo esencial de la sociedad, los derechos inalienables de la mujer en embarazo y de la madre recién gestante, la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores, la protección especial al niño menor de un año, y, por supuesto, la protección al mínimo vital de la madre trabajadora, dependiente o independiente, y al de su hijo neonato.

Como se deduce de la mayoría de las tutelas analizadas por la Corte Constitucional en sede de revisión que los casos de negación del reconocimiento y pago de licencias de maternidad corresponden a casos en los cuales la madre trabajadora o afiliada independiente solo cuenta con su salario para la congrua subsistencia de ella y de su hijo. Y en las más de las veces tal salario corresponde a un salario mínimo legal, lo cual agudiza la situación de vulnerabilidad de dicha unidad familiar. Por ello, la contención de costos empresariales de las EPS vía negación del reconocimiento y pago de las licencias de maternidad contradice los postulados de la dignidad humana como faro orientador de un Estado social.

En el mismo sentido de las negativas de reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, el no reconocimiento y pago de licencias de maternidad por el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o por parte de la madre afiliada como independiente, también vulnera los principios de buena fe, debido proceso y los principios propios del derecho fundamental a la salud. Tales violaciones se fundamentan en el aprovechamiento de la EPS de su propia negligencia para cobrar, aun por vía

coactiva, para requerir a tiempo al empleador o a la mujer afiliada como independiente. Igual, se fundamenta en su actitud dispuesta para recibir los aportes en forma extemporánea, pero reticente para reconocer las prestaciones derivadas de su allanamiento. Tal actitud violenta la dignidad de madre e hijo y hace ineficaz el derecho fundamental a la salud, toda vez que la licencia de maternidad es parte inescindible del proceso gestacional, y el pago de la licencia lo es de la protección del mínimo vital y existencial de dicha unidad familiar.

En estos eventos los fallos a favor del reconocimiento y pago de las licencias de maternidad en forma parcial o total son un beneficio que si bien va dirigido a la unidad madre-hijo tutelante, también va en beneficio de la sociedad en general, ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad⁷⁸⁷ y en tal sentido protegerla sería proteger la propia sociedad. Por ello, desde la concepción de Estado social, el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad no hace menos eficiente la norma reglamentaria que contempla los requisitos para tal reconocimiento. Obviamente que desde el punto de vista consecuencialista, la inaplicación de tales normas las hace menos eficiente. Cuando las EPS involucradas no realizan los correspondientes cobros o no realizan los requerimientos a los empleadores morosos son ellas las que hacen ineficaz la norma en perjuicio del propio Sistema. Pero, además, al igual que en los casos de las incapacidades de origen común, cuando reciben en forma tardía las cotizaciones con el respectivo pago de los intereses de mora, el SGSSS no ve afectado su equilibrio financiero ni se ve afectada la sociedad en general, pues tales licencias ya están costeadas y respaldadas por el Fosyga. En el caso de repetición contra el empleador negligente será él quien cubra con tales sumas de dinero y no el SGSSS. En cuanto los costos de transacción por la interposición de las acciones de tutela como protección del derecho al mínimo vital y existencial deben ser asumidos por la sociedad en general. Pero en el

⁷⁸⁷ Artículo 42 de la Constitución de 1991.

caso de las entidades que han recibido en forma extemporánea las respectivas cotizaciones y se nieguen a reconocer y pagar las licencias de maternidad, deberían asumir las costas de la acción judicial interpuesta o de solo repetir por la mitad de las licencias de maternidad ordenadas vía acción de tutela, debido a su actitud negligente y contraria a los principios aquí referidos.

- Eventos de negación de incapacidades laborales de origen general

En los casos señalados como ejemplo en el capítulo anterior sobre la negativa de las EPS de reconocer y pagar incapacidades de laborales de origen general rompen con la integralidad del acto médico y del tratamiento remitido para mejorar a los pacientes. Si bien, el tratamiento pudiera considerarse como la sola prescripción de medicamentos o la realización de los procedimientos médico-quirúrgicos para la conservación de la salud y de la vida, es claro que las incapacidades, en este caso de origen general o común, son parte integral de las acciones encaminadas a tales fines. En consecuencia, el periodo de incapacidad por enfermedad general es un periodo necesario para la recuperación del paciente e inescindible del tratamiento y de los procedimientos requeridos por tal persona. Por ello, dicho periodo debe ser tranquilo. Además cubierto debidamente en lo que concierne al reconocimiento y pago de la incapacidad laboral de tal origen, que en últimas busca reemplazar el salario dejado de percibir por el afiliado contributivo en dicho periodo de incapacidad.

La negativa reiterada de las EPS de reconocer y cubrir las sumas de dinero derivadas de la prestación económica por incapacidad temporal de origen común son muestra, una vez más, de la contención de costos en busca de maximizar utilidades. Mecanismo que en este tema no sólo afecta la dignidad de los pacientes que ven menguado su sustento vital, su mínimo existencial sino que también, y por lo general, ven afectados el mínimo vital de sus familias. Esto hace ineficaz el derecho fundamental a la salud, entendido como un derecho integral e integrador, del paciente y de su familia dependiente, en

aras de la prevalencia de las decisiones empresariales de las entidades responsables de reconocer y pagar tales incapacidades.

En el mismo sentido, la negativa de reconocer y pagar las incapacidades temporales de origen común, aun en los eventos de negligencia en el requerimiento y cobro coactivo de los aportes atrasados por parte de los respectivos empleadores, a más de su negación en los eventos en que la misma EPS ha recibido los correspondientes aportes que estaban en mora, son igual muestra de violaciones de la normativa constitucional y legal referida al tema. No solo contradice los preceptos legales estipulados en la Ley 100 de 1993 en cuanto al incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y control del cumplimiento del pago de aportes por parte del empleador, sino también al incumplir con los requerimientos y acciones de cobro pertinentes. En igual sentido, violan preceptos superiores, tales como los de buena fe, los propios del derecho fundamental a la salud y aun el principio del debido proceso. Por ello, las decisiones de la Corte Constitucional en cuanto ordenan el pago de las incapacidades de origen general negadas por la EPS se orienta a la protección del afiliado contributivo bajo la figura del allanamiento a la mora por parte de la EPS negligente y que ha recibido sin ningún tipo de reparo o requerimiento los aportes atrasados del empleador moroso⁷⁸⁸. Lo anterior, además, redirecciona la discusión económica y administrativa hacia el empleador moroso y la EPS, y no como han pretendido tales entidades de que sea, exclusivamente, entre el empleador moroso y el trabajador incapacitado.

La negativa de la prestación económica tratada, en condiciones de contención de costos, aun en los casos de negligencia administrativa o de recibo extemporáneo de los aportes, y en la mayoría de eventos con respecto a personas que devengan el mínimo legal o en estado de alta vulnerabilidad, rompe con el principio de la dignidad humana y hace ineficaz, en tal sentido, el

⁷⁸⁸ Véanse, entre otras, las ya referidas sentencias T-413 de 2004, T-680 de 2002 y T-137 de 2009.

derecho fundamental de la salud en aras de acciones empresariales de beneficio económico y no social.

También en estos eventos la Corte Constitucional ha inaplicado en su mayoría las normas legales y reglamentarias que rigen el tema. En comienzo, podría afirmarse que tal inaplicación ha sido una forma menos eficiente de acoger la norma que permite la negativa del reconocimiento y pago de las incapacidades de origen no laboral en detrimento de la sociedad en general, máxime en los casos en los cuales el motivo de la negativa corresponde a la negligencia del empleador que no pago a tiempo las respectivas cotizaciones. Sin embargo, son las EPS las llamadas en comienzo a realizar los actos de vigilancia y cobro a los empleadores o afiliados morosos en beneficio no solo del trabajador sino de las propias finanzas del SGSSS. En tal sentido, cuando dichas entidades no realizan los correspondientes cobros, son ellas las que hacen ineficaz la norma en perjuicio del propio Sistema. Pero, además cuando reciben en forma tardía las cotizaciones con el respectivo pago de los intereses de mora, el SGSSS no ve afectado su equilibrio financiero ni por ende se ve afectada la sociedad en general. En consecuencia, en la mayoría de los fallos referidos al allanamiento a la mora con la consecuente orden de reconocimiento y pago de la incapacidad laboral puede afirmarse que el costo de tal incapacidad ya está cubierto y costado por el SGSSS, y por ello la entidad podrá repetir contra el Fosyga. Y en los eventos de posibilidad de repetir contra el empleador negligente es él quien cubre finalmente dicho pago y no el Sistema, por ello no es la sociedad la que deba afrontar dichos pagos por vía de solidaridad. En cuanto a los costos de transacción por la activación del aparato judicial, también en estos eventos son asumidos por la sociedad en general en bien de las personas vulnerables como consecuencia de su incapacidad temporal para trabajar⁷⁸⁹.

⁷⁸⁹ Pese a ello, debería existir la posibilidad de que las entidades involucradas en acciones de tutela por negación del reconocimiento y pago de incapacidades laborales, y que hayan recibido, aun en forma

6.3 CONSIDERACIONES FINALES

La Observación General 14⁷⁹⁰ determina como parte de la obligación de los estados de proteger el derecho fundamental a la salud y en general los derechos de tipo social, el “... velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud”. Ello implica necesariamente que los principios de integralidad, continuidad, dignidad humana y principio *pro homine*, entre otros muchos de naturaleza constitucional y legal, se privilegien como garantes de los servicios de salud y por supuesto del goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

En tal sentido, y en total acuerdo con Quintero⁷⁹¹, el modelo de aseguramiento mixto (estatal-privado) debe funcionar en un esquema de responsabilidad social empresarial, más basado en el principio *pro homine* y menos en los principios de la propiedad, la libre empresa y en el que “lo pactado es ley para las partes” a la luz del derecho civil. Como antes se había afirmado, la relación *contractual* entre usuarios y EPS o IPS es una relación social basada en los principios de la seguridad social y de la salud y no en criterios de tipo comercial o civil. Por ello la prevalencia de la libertad económica y de empresa, en los términos arriba señalados, sobre el derecho fundamental a la salud hace nugatorio el derecho social de las personas en aras del derecho económico, civil o comercial de las EPS o IPS.

El Estado tiene la importante función de asegurar un marco de estabilidad jurídico que permita, según Sánchez Toro, el desarrollo de la iniciativa privada

extemporánea, las cotizaciones debidas por el empleador moroso, se les cobre costas en a favor de la Rama Judicial por su actitud negligente o que sólo puedan repetir por la mitad de lo pagado por la incapacidad, tal como en el caso de lo contemplado en el literal j) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007.

⁷⁹⁰ Observación General 14. II. *Obligaciones de los estados partes*. Obligaciones legales específicas. Párrafo 35.

⁷⁹¹ Véase Quintero Mosquera, Diana Patricia, ob. cit., p. xvi.

sin atropellar la garantía de los derechos como mínimos para garantizar la posibilidad de lograr crecimiento y desarrollo; por tanto, coadyuvar a que exista un marco económico adecuado para tal fin⁷⁹² que busque dejar de lado, tal como lo expresa Cañón Ortegón, la idea de hacer de la seguridad social un negocio comercial administrado por los grupos financieros, para convertirla en un verdadero servicio público –diría quien escribe este trabajo, en un verdadero y serio derecho fundamental– destinado a dignificar al hombre colombiano⁷⁹³.

Podríamos afirmar que la salud, aun catalogada como un bien que pueda ser objeto del mercado, es un bien especial y diferente a todo los demás bienes que responde a un fin social y no a un fin meramente de tipo comercial. Inclusive, asumiendo las conclusiones propuestas por Pinzón Camargo en el sentido que la salud resulta ser un bien privado pues presenta exclusión y rivalidad en su consumo⁷⁹⁴, se debe afirmar con él que aun siendo la salud un bien privado que genera altas externalidades para la sociedad, se debe garantizar su acceso universal con independencia de su precio, es decir con la posibilidad de exclusión que goza este servicio⁷⁹⁵, lo cual reconduce la noción del derecho

⁷⁹² Ob. cit., p.73. Al respecto el autor señalado se refiere a que el Estado debe intervenir en todos los campos, inclusive en forma planificada o programada, pero siendo alternativa real, al demostrar que el capitalismo regulado por el Estado, que el mercado limitado por el interés colectivo, es capaz de producir bienestar y mejores condiciones económicas, sociales y políticas para las clases trabajadoras.

⁷⁹³ Confróntese Cañón Ortegón, Leonardo. *Seguridad Social, ¿un negocio o un servicio?* Bogotá: Instituto de Estudios Sociales. Juan Pablo II, FIEL. 1992.

⁷⁹⁴ Véase Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Acceso a medicamentos y patentes. Un conflicto de derechos y una propuesta alternativa para su conciliación: una visión desde la nueva economía institucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tesis de Maestría, 2009. El autor citado determina que la salud se puede excluir como servicio y que muestra de ello es que las entidades prestadoras y los profesionales de la salud podrían excluir del goce de este servicio a aquellas personas que no pudieran pagar por él, manifestándose esta limitación a través de restricciones presupuestales a los consumidores. En lo concerniente a la rivalidad, señala Pinzón Camargo que se observa que el consumo de los servicios asociados a este derecho afecta el potencial consumo que de ellos puedan hacer otros agentes de la sociedad y pone como ejemplo el tema de los tiempos de espera, pp. 95 y ss.

⁷⁹⁵ Para Pinzón Camargo, lo cual se comparte en este trabajo, el objetivo es lograr una mayor provisión del servicio de salud, al ser deseable para la sociedad capitalizar los beneficios asociados a la realización del derecho a la salud, se genera un escenario en donde aparece una externalidad positiva, la cual por definición es deseable para la sociedad. Esta situación, comenta el autor citado, hace que el servicio de salud, a pesar de ser un servicio privado, deba ser tratado de manera diferente, lo cual hace que su consideración corresponda a una que los economistas han denominado como bienes meritorios, en este caso, servicio meritorio –diferente a servicio estandarizado–. Este tipo de bienes y servicios, se refiere el

fundamental a la salud a un derecho universal, que aun en su dimensión de prestación de servicios de salud debe ser prestado por particulares con ánimo de lucro como un bien o servicio meritorio y no como un bien privado cualquiera⁷⁹⁶. Menos aún, que se administre o preste en búsqueda exclusiva de ganancias económicas por las EPS o IPS, utilizando las exclusiones y rivalidades de las que puede ser objeto el servicio de salud como mecanismos de contención de costos en pro de tales ganancias empresariales y no sociales⁷⁹⁷.

Pese a la contundente prevalencia de los actores económicos sobre los actores sociales, y pese a la prevalencia de la racionalidad económica sobre la razón social y de dignidad humana, la eficiencia económica debe ceder ante el principio de equidad. La libertad económica debe en el caso de los servicios de salud ceder al goce efectivo del derecho fundamental a la salud. En tal sentido, si retomamos los atributos de uno y otro derecho, así como sus características generales y especiales, podemos reafirmar la prevalencia teleológica del derecho fundamental a la salud sobre el derecho a la libertad económica en clave de Estado social de derecho.

autor a los bienes meritorios, se caracterizan porque a pesar de su carácter de privados “todos los individuos de una sociedad tiene derecho sin importar su capacidad de pago o su condición”, en este mismo orden, “(...) garantizar acceso al aseguramiento y provisión de atenciones en salud es, para el Estado, una obligación derivada del carácter meritorio de las atenciones en salud, como también de la externalidad positiva que supone para todo la sociedad y su estructura productiva contar con una población saludable”. Ob. cit., p. 98.

⁷⁹⁶ Pérez Salazar determina que los bienes meritorios pueden ser públicos, o sea aquellos que no pueden ser provistos a través de mecanismos de mercado, o pueden ser privados en cuanto su consumo es exclusivo y excluyente, y serían susceptibles de proveerse a través del mercado, explica el autor. Sin embargo, en cualquier caso, señala Pérez Salazar, media una circunstancia especial: los valores de la comunidad hacen que el consumo de los bienes meritorios sea particularmente estimado. Dichos valores suplantán el supuesto económico vital de la soberanía del consumidor individual. Aunque, expresa el autor, el bien meritorio sea suministrable por el mecanismo del mercado, su carácter de tal puede llevar a una decisión de que sea consumido en cantidades mayores a las que regirían en equilibrio de competencia o que sea consumido por todos, independientemente de las preferencias individuales. Véase Pérez Salazar, Mauricio. *Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991*. p. 810 y pie de página 6, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Directores del proyecto: Manuel José Cepeda Espinosa, Eduardo Montealegre Lynett. Coordinador: Alexei Julio Estrada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

⁷⁹⁷ Es de anotar que fuera de la administración del riesgo en salud y de la prestación de los servicios de salud, la normativa colombiana no estipula ningún otro tipo de función social específica a tales entidades.

En efecto, el derecho a la salud es considerado como un derecho fundamental por la Corte Constitucional, con una dimensión prestacional que se materializa en los servicios públicos y esenciales de salud. El contenido del derecho fundamental a la salud es inherente e inescindible con la protección a la dignidad humana. Su realización y eficacia implican el cumplimiento de los más caros fines del Estado. De hecho la garantía de tal derecho se encuentra en cabeza del Estado, al igual que su control y vigilancia. El derecho fundamental a la salud implica prestaciones de tipo positivas, pero también implica libertades para las personas. Por ello, es un derecho que puede ser limitado en aras del bien común. Su fin es la calidad de vida, la vida digna y el bienestar integral de las personas y de las comunidades.

Por su parte, el derecho a la libertad económica es un derecho económico, no es fundamental y no es absoluto. Limitado por el interés general. Se materializa en las libertades de competencia y de empresa. Su fin principal es inescindible del principio de onerosidad o ánimo de lucro. Todas las libertades o atributos que se derivan del derecho a la libertad económica se encuentran orientadas a la protección de la propiedad y del mercado. La participación de los actores económicos responde a criterios de maximización de las ganancias y aumento de la rentabilidad.

Por ello, el derecho a la libertad económica y los atributos de él derivados, en el marco de la concurrencia de particulares en la prestación de los servicios de salud se tiene que ver supeditada a los fines del derecho fundamental a la salud, al derecho a una vida digna y con calidad, y al derecho que tiene la sociedad de ser una sociedad saludable en el marco de nuestro Estado social de derecho. Sin embargo, por lo menos en los eventos señalados en este trabajo, el derecho a la salud aun siendo considerado como fundamental e inescindible de la dignidad humana se ha visto desplazado por el ejercicio de la libertad de empresa vía contención de costos, barreras de acceso, en especial

de tipo económicas y de índole administrativo, en detrimento de la justicia social y del goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

En tal contexto, la libertad económica debe estar supeditada *prima facie* al derecho fundamental a la salud y no de éste a aquél. Lo anterior implica que la prevalencia teleológica o finalista del derecho fundamental a la salud sobre el de libertad económica o sobre la libertad de empresa no deba ser absoluta; ya que ambos derechos son de rango constitucional. De hecho la tensión natural constitucional y legal entre tales derechos existe, tal como se ha señalado desde la concepción de ambos derechos en la Constitución de 1991, desde la *constitución económica*, la estructuración del SGSSS y el modelo de economía de mercado imperante en Colombia, y en cada caso se verá potencializada más o menos, pero su relación no será en ningún caso pacífica. Por ello, en concordancia con Bernal Pulido, el conflicto en cada evento debe analizarse en consideración a las circunstancias del caso en concreto, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Así, según el autor en cita, se determinará cuál de ellas debe preceder en cada circunstancia específica⁷⁹⁸.

A diferencia de la defensa de la liberalización y de su fortalecimiento como estrategia más idónea que el Estado pueda utilizar para garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos en Colombia⁷⁹⁹, en lo que se refiere al derecho fundamental a la salud en su dimensión de servicio público, debe atenderse al fortalecimiento de la intervención estatal especial en su prestación tanto por particulares como por entidades públicas. La condición de esencial que comporta el derecho fundamental a la salud en su faceta de servicio público aun en el Régimen Contributivo permite que la intervención del Estado sea mayor que en otros servicios y que la misma sea la regla general y no la excepción. Por tanto, la concepción del Estado social, por lo menos lo

⁷⁹⁸ Cfr. Bernal Pulido. Ob. cit., 201.

⁷⁹⁹ Bernal Pulido se refiere a los servicios públicos domiciliarios. Ob. cit., 201.

concerniente a la prestación de los servicios de salud derivados del derecho fundamental a la salud, prime sobre la concepción modélica de la liberalización y del principio de onerosidad que es inherente a este último. De otra forma, que la “libertad” propia del concepto de la libertad económica y de la libre competencia se ve delimitada por los fines esenciales del Estado colombiano bajo los criterios de su condición de ser un Estado social de derecho⁸⁰⁰.

Otra razón por la cual el Estado debe intervenir especialmente los servicios de salud prestados por particulares y actores públicos, se reitera aun en el marco del régimen contributivo, es la propia especialidad del “mercado de la salud”. Mercado que ha demostrado ser imperfecto, con grandes fallas estructurales, en el cual las asimetrías de información son desproporcionadas. Los actores económicos no “compiten” en igualdad de circunstancias. El manejo oligopólico del negocio de la salud parece haber cooptado la regulación del SGSSS, por ende, su control y vigilancia. Ni la libre competencia ni la “competencia regulada” o el “pluralismo estructurado” han demostrado ser un mecanismo idóneo para la consecución de la eficiencia y calidad de los servicios de salud. De hecho, el gran cúmulo de tutelas reseñadas en este trabajo y los estudios de investigación referidos sobre el tema de la salud son indicadores de la ineficacia del goce efectivo del derecho a la salud. Posiblemente tampoco el Estado haya sido eficaz en la garantía del derecho fundamental a la salud, ni eficiente en su prestación, pero lo que se reitera es que la salud no es un bien cualquiera que pueda estar a merced sólo de las fuerzas y de los principios económicos de las economías de mercado, de las fallas del mercado o de las fallas del Estado. Ahora más que nunca la *mano invisible* del mercado de salud necesita de la

⁸⁰⁰ A la pregunta ¿Cuál es motivo de mercantilizar la salud?, responde Laurell: “la razón es que constituye una actividad económica muy relevante y en la lógica de la doctrina neoliberal es demasiado importante para que esté en manos del Estado. Lo que se busca es abrir la salud como un terreno directo de acumulación de ganancias privadas [...] esto significa el abandono del valor de la salud como derecho humano y condición de una vida plena y el establecimiento de nuevas prioridades en el sistema de salud. Es el alejamiento o negación de la justicia social y la rearticulación del ámbito institucional”. Ob. cit., pp. 75-76.

mano visible del Estado social para asegurar la eficiencia del derecho fundamental a la salud y con él los principios de dignidad, igualdad real y equidad⁸⁰¹.

Finalmente, se retomarán los principios y elementos básicos del bloque de constitucionalidad, de la Constitución de 1991 y de las leyes vigentes que regulan el derecho fundamental a la salud a fin de analizar, a manera de resumen, la cuestión de cómo la prevalencia de la racionalidad económica propia de la libertad económica –en sus modalidades de libertad de empresa y de libertad de competencia– conlleva la ineficacia teórica y práctica de tal derecho⁸⁰². En tal sentido se retoman en su conjunto para este breve análisis los elementos del bloque de constitucionalidad referidos a la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad⁸⁰³; los requisitos de no discriminación, equidad, progresividad, irreversibilidad, gratuidad y participación⁸⁰⁴; las obligaciones de respetar, proteger y cumplir⁸⁰⁵. De la Constitución de 1991⁸⁰⁶, de las leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007, y de los acuerdos del CNSSS y de la CRES se retoman los principios de dignidad humana, universalidad, solidaridad, integralidad, participación, eficiencia, unidad, equidad y sostenibilidad financiera. Así mismo, los derivados de la teoría del servicio público, en especial los de continuidad, regularidad, uniformidad y generalidad.

⁸⁰¹ Rawls señala que: “El sistema social ha de estructurarse de manera que la distribución resultante sea justa ocurra lo que ocurra. Para alcanzar este fin, es necesario establecer el proceso económico y social en el medio de unas apropiadas instituciones políticas legales”. Ob. cit. p. 257. Rawls, John, *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México: 2006. Sexta reimpresión. Traducción: Dolores González.

⁸⁰² Para tal resumen se toma como marco de existencia efectiva de la prevalencia referida, los eventos descritos en el Capítulo anterior y analizados en el presente.

⁸⁰³ Contenidos en el PIDESC.

⁸⁰⁴ Contenidos en la Observación General 3 del PIDESC.

⁸⁰⁵ Contenidos en la Observación 14 del PIDESC.

⁸⁰⁶ Contenidos en los artículos 1º, 11, 13, 48 y 49 de la Constitución de 1991, entre otros; en los artículos 2º, 153 y 156 de la Ley 100 de 1993, en el artículo 1º de la Ley 1122 de 2007, en el artículo 5º del Acuerdo 260 de 2004 de la CNSSS, y en el artículo 9º del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES corregido por el Acuerdo 014 de 2010 de la CRES, entre otras normas.

Como principios rectores del SGSSS, la dignidad humana, la vida digna y con calidad, la igualdad real, la equidad y el principio *pro homine* son sin duda sus pilares en clave de Estado social. Quizá la libertad económica bajo la misma lectura de Estado social debería coadyuvar a la materialización de tales principios. Sin embargo, y no obstante la función social de la propiedad y de la empresa, en el caso de la coparticipación de particulares en la administración y en la prestación de servicios de salud del Régimen Contributivo, no han ayudado esencialmente a que tales principios se materialicen. De hecho los eventos de conflicto señalados entre la libertad económica y el derecho fundamental a la salud, en especial los referidos a las múltiples negativas de servicios de salud en el marco del Régimen Contributivo arriba referidos en las acciones de tutela descritas, dan muestra, por lo menos en esos casos, de la primacía de los principios económicos, de tipo administrativo y de ánimo de lucro de las EPS e IPS involucradas sobre los principios de tipo social. En consecuencia, si el principio de la dignidad humana se ve violentado por la no prestación oportuna de un servicio de salud que requiere con necesidad, haciendo más vulnerable a la persona que de por sí ya es vulnerable por su estado de salud; si la vida digna y con calidad se ve afectada por el dolor y el sufrimiento de un paciente, y seguramente el de toda su familia, por la lectura exegética de la norma legal y reglamentaria del POSC; si la igualdad formal se garantiza pero la igualdad fáctica o real se niega al obstruir el acceso a tales servicios en aras de la contención de costos; si la equidad se rompe ante la falta de recursos de las personas más pobres, aun siendo del Régimen Contributivo, por las decisiones consecuencialistas de aquellas entidades; y si el principio *pro homine* se desconoce en aras de la maximización de ganancias, entonces la lectura social se desvanece y prevalece, sin duda, la lectura económica liberal sobre el derecho fundamental a la salud, lo cual implica la ineficacia por incumplimiento de tan caro derecho.

En el mismo sentido, las barreras de acceso material, administrativo y de tipo económico impuestas por lecturas exegéticas de la norma o tan solo por el desconocimiento arbitrario de ellas, como lo es en el caso de los servicios que estando incluidos en el POSC son efectivamente negados, también han prevalecido sobre el derecho fundamental a la salud en aras de la obtención desmesurada de ganancias. Ello ha violentado también los principios de la universalidad, de la solidaridad, de la integralidad, de la unidad, de la eficiencia social y de la participación, e inclusive el propio principio de la estabilidad financiera del sistema. La universalidad entendida como la posibilidad de todo ciudadano de acceder a los beneficios del SGSSS y, en el caso del régimen contributivo, a todos los beneficios del POSC, se ve violentada al no permitirse el acceso de las poblaciones más vulnerables a los propios servicios del POSC o aquellos relacionados con el concepto de salud como un concepto integral e integrador. La solidaridad pierde su sentido de equidad y de ayuda mutua, y se convierte en un concepto económico referido a la contribución a través de copagos, cuotas moderadoras u otro tipo de pagos que contribuyan al financiamiento y racionalización de uso del sistema, pero que finalmente sólo se circunscribe a dicha lectura racionalista y vulnera el acceso de muchas personas del régimen contributivo a los servicios de salud. El principio de integralidad también se vulnera ante la negación de los servicios de salud, la no continuidad de los que se han venido prestando o la interpretación exegética y consecuencialista de la norma que define los contenidos del POSC, haciendo valer la exclusión a favor de la entidad y no la inclusión a favor del paciente. Con tal proceder también se violentan los principios derivados de la integralidad tales como el de la oportunidad e inmediatez del servicio requerido con necesidad, el de la calidad de los mismos y el de la eficiencia social de las normas. Igual el de la unidad al hacer una interpretación parcial de la norma que exige requisitos, excluye o que simplemente es ambigua a favor de los intereses económicos de las entidades involucradas y no bajo una hermenéutica en clave de lectura social del sistema de fuentes que rige el

derecho fundamental a la salud como un todo integrador. Por supuesto, el principio de la participación social en salud también se ve vulnerado ante las altas asimetrías de información entre las EPS, que teóricamente representan a sus afiliados ante el mercado de salud, y tales afiliados.

La vulneración en su conjunto de los principios citados hace que el Estado colombiano como garante del derecho fundamental a la salud de toda su población, subsidiada o contributiva, vulnere a su vez los perentorios mandatos de protección, cumplimiento y de respeto por los derechos de esencia social. Con ello, se incumple con los fines esenciales del Estado social y se permita que cada vez haya más *muertos de la Ley 100*.

PROPUESTAS

Retomando el esquema de demostración que se determinó al comienzo del presente trabajo, se dirá que efectivamente el derecho a la salud en Colombia se encuentra consagrado en la Constitución Política de 1991, pero que, a pesar de estar consagrado en el marco de los derechos sociales como un servicio público garantizado por el Estado, que puede ser prestado por particulares o por entidades públicas, debe ser considerado como un derecho fundamental.

Por tanto, la propuesta principal es el cambio del artículo 49 de la Constitución Política actual, en cuanto al derecho a la salud, por medio de un acto legislativo o un referendo constitucional, a fin de determinar, de una vez por todas, la fundamentalidad de tal derecho, el cual podría ser consagrado en estos términos:

El derecho a la salud es un derecho fundamental. En los casos de los menores prevalece sobre los derechos de los demás. En su faceta de servicio público esencial es garantizado por el Estado a todas las personas, tanto en su dimensión de salud pública como en su dimensión de salud individual. Al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar, controlar y vigilar la prestación de servicios de salud a los habitantes del territorio nacional conforme a los principios de solidaridad, universalidad, integralidad, participación, unidad, eficiencia social, calidad e internacionalización, con énfasis en la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la atención primaria de salud. Así mismo, corresponde al Estado establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. El servicio público esencial de salud se organizará en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la

atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. El servicio público esencial de salud será administrado por el Estado y podrá ser prestado por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. El derecho fundamental a la salud debe articularse con los demás derechos de esta Constitución. En todo caso se interpretará de conformidad con los instrumentos jurídicos internacionales sobre el derecho a la salud ratificados por Colombia.

Derivado de la anterior propuesta, o aun sin su materialización, se debe expedir una ley estatutaria, un estatuto o un código que unifique la normativa vigente sobre el derecho fundamental a la salud. Que contemple los aspectos básicos de su regulación, enfatizando en la resolución de los aspectos conflictivos que ha demostrado el SGSSS en lo que va corrido de su vigencia. Así mismo, contemplar en dicha normativa los componentes mínimos que integran o deben integrar el concepto del derecho fundamental a la salud. En dicha ley, y con base en el artículo 89 de la Constitución de 1991, se debe contemplar una acción de defensa del derecho a la salud que en los casos de extrema urgencia, y sin necesidad de interponer la acción de tutela, y en ella una medida provisional, se pueda solicitar la inmediata protección del derecho fundamental a la salud, y que podría denominarse como *Habeas Salud*.

En ese mismo sentido se deben concertar socialmente las prioridades de salud de los colombianos. Acordar democráticamente cuál será el objetivo de una plan de beneficios, cuáles los criterios de conformación, cuáles sus contenidos, sus exclusiones, cómo será el procedimiento de su actualización o revisión, cómo y cuáles sus fuentes de financiación, cómo se accederá a tales beneficios, cómo será el mecanismo de la solidaridad a fin de contribuir al cierre

de la brecha de equidad⁸⁰⁷. En fin, una norma, social y democráticamente discutida y concertada, que garantice a través de un nuevo POS o de un nuevo plan de beneficios, cualquiera sea su denominación, la eficacia del derecho fundamental a la salud de todos los colombianos y los residentes en su territorio⁸⁰⁸. En todo caso, definir un modelo de salud cuyo centro sea precisamente la salud y no la enfermedad, y que dé solución a las fallas estructurales del actual SGSSS que igual afectan la eficacia del derecho fundamental a la salud en ambos regímenes⁸⁰⁹. En ese mismo orden de ideas, buscar la estructuración de incentivos económicos para la EPS e IPS –en el evento de seguir el modelo actual– que permita el goce efectivo del derecho fundamental a la salud y la garantía de la libertad económica a tales actores. Entre otros podrían ser: exención de impuestos sobre material e insumo médico, deducción de los gastos incurridos en la capacitación de personal de salud especializado, deducción de los gastos realizados en promoción de la salud y en prevención de la enfermedad, siempre y cuando se demuestren

⁸⁰⁷ En palabras de Úrsula Giedion, se debe definir claramente acerca de un nuevo plan de beneficios: sus objetivos, criterios y procesos, se debe estructurar con base en más de un criterio, y no sólo en el de costo-efectividad, se deben establecer criterios claros para la priorización, las decisiones deben ser públicas y transparentes, definición de coberturas más allá de una *lista de mercado*, no sólo determinar qué y cómo sino también revisar el contexto. Véase presentación *Financiamiento de la salud desde la perspectiva internacional*. Diapositivas 31-32. Foro: *¿Para dónde va el Sistema de Salud en Colombia?* Centro de Pensamiento Social. 2009.

⁸⁰⁸ Citando a Habermas: “... el mundo de la vida constituye, considerado en conjunto, una red de acciones comunicativas. Bajo el aspecto de coordinación de la acción su componente sociedad viene formada por la totalidad de relaciones interpersonales ordenadas en términos de legitimidad”. Véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*. Colección estructuras y procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 689.

⁸⁰⁹ Entre otras fallas estructurales, las siguientes: falta de conceptos claros y consolidados con respecto al derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental, desarticulación del Sistema, la falta de información oportuna y confiable, la falta de una modulación coherente y de claras reglas de regulación y direccionamiento del Sistema, falta de un sistema de inspección, vigilancia y de control fuerte, falta de mecanismos ágiles y oportunos de flujo de los recursos de la salud, inoperancia fáctica de las redes de servicios, falta de especialistas en algunas áreas de salud, falta de mayor capacitación del talento humano del área de la salud, existencia generalizadas de barreras de acceso real y de goce efectivo de los servicios de salud y un generalizado desconocimiento de los derechos y deberes por parte de los beneficiarios del Sistema, falta de control a comercio de medicamentos, exceso de normatividad legal y reglamentaria –en muchas veces ambigua e incoherente–. De otra parte altos niveles de pobreza, altos niveles de desempleo y falta de políticas estables de salud pública y de atención primaria en salud.

niveles de calidad y de oportunidad en la atención de los servicios de salud y de reconocimiento real del POSC.

De otra parte, definir un efecto *inter pares* a las sentencias de tutela que versen sobre el derecho fundamental a la salud, o la unificación oportuna de la línea jurisprudencial cuando se refiera a temas relacionados con tal derecho o con el SGSSS. Al igual que definir sanciones por la reiteración de las negativas en las EPS en casos en los cuales haya unificación de líneas jurisprudenciales, o en los casos que se falle en contra de tales entidades y se demuestre su negligencia en el cobro de las cotizaciones a los empleadores morosos o que hayan recibido en forma extemporánea dichas cotizaciones e interés de mora, y que pese a ello se hayan hecho tutelar. Igual que en el caso de existir comprobada temeridad en la interposición de una acción de tutela se condene en *costas* al tutelante a favor de del SGSSS o de la Rama Judicial.

Finalmente, se propone la creación de una jurisdicción especial que conozca de todos los conflictos jurídicos relacionados con la seguridad social y con el derecho fundamental a la salud, sin diferenciar si tal conflicto proviene del SSSI, del SGSSS o de los regímenes excepcionados. Así mismo, que exista un Ministerio exclusivamente dedicado al tema de la Seguridad Social y del derecho fundamental en salud.

CONCLUSIÓN

Analizado y reconstruido el concepto de salud, éste emerge como un concepto integral e integrador. Integral porque cobija al ser humano en todas sus dimensiones, no sólo física sino también mental, emocional, espiritual, psicológica, y porque además lo abarca desde su individualidad, pero también lo hace desde su connotación colectiva, comunitaria y social. Integrador porque se encuentra relacionado en forma inescindible con otros factores determinantes para su materialización, tales como factores sociales, ambientales, servicios de salud y por supuesto los biológicos. Del mismo modo, el estudio muestra un concepto de salud que muta, por lo menos en teoría, desde la enfermedad como centro de su concepción al concepto de salud como la posibilidad de un pleno y armónico desarrollo de la persona y de la sociedad. Desde una concepción morbi-céntrica a una concepción cuyo eje sea el bienestar y la calidad de vida de las personas y de las comunidades. Desde la curación a los procesos de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. También cambia, desde sus orígenes mágico-religiosos a concepciones holísticas.

De la mano con el desarrollo del concepto de salud, igual emerge el concepto de derecho a la salud como un verdadero derecho de toda persona a gozar de los más altos niveles de bienestar y calidad de vida. Desde su concepción como una mera cuestión de caridad y solidaridad cristiana, se instaura como un derecho humano en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y luego como un derecho social en el PIDESC. En Colombia se constitucionaliza con la Constitución de 1991 como un derecho social, pero una larga y a veces contradictoria evolución jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional parece haberlo estructurado finalmente como un derecho fundamental *per se*. Desde su concepción meramente prestacional, pasando por facetas de

fundamentalidad y de servicio público, por connotaciones de fundamentalidad por conexidad o por fundamentalidad directa con relación a ciertas poblaciones o servicios, se llegó a cierta unificación en el sentido de su iusfundamentalidad y por ende de su justiciabilidad vía acción de tutela. En todo caso, el derecho fundamental a la salud igualmente emerge como un derecho integral e integrador. Integral por el objeto que garantiza: la salud, e integrador por su relación sistémica e íntima con la mayoría de los derechos constitucionales, en especial con el derecho a la dignidad humana.

De otra parte, el estudio del concepto de libertad económica da muestra de su evolución. Esta libertad se desarrolla desde su determinación liberal absoluta hasta su concepción regulada. Desde el libre juego de los factores económicos en las sociedades del “dejar hacer, dejar pasar” sin ningún tipo de intervención del Estado, pasando por las etapas del intervencionismo de los estados benefactores, hasta su manifestación actual en las económicas de mercado en las cuales el Estado regula y controla, pero su participación como actor económico se ve reducida al máximo posible. De otra forma, se desarrolla desde el individuo sujeto a las fuerzas del mercado “perfecto” y sin límites sociales a las sociedades con modelos de economía de mercados imperfectos y limitados por el interés general y por el bien público en el marco de los Estados sociales de derecho.

En concordancia con el concepto de libertad económica, el derecho a la libertad económica muta de ser un derecho absoluto a ser un derecho limitado por los fines sociales del Estado social. En tal sentido el derecho a la libertad económica se constitucionaliza en 1991 como uno de los factores estructurales del Estado colombiano en el marco de la denominada “constitución económica”. Allí se erige como un derecho inescindible con otros derechos económicos, tales como el de propiedad, el de la libre empresa y el de la libre competencia. El Estado garantiza la libertad económica en su carácter de libertad pública y en

relación con sus atributos. El Estado regula y vigila el derecho a la libertad económica y en especial lo delimita en mayor forma en lo relacionado con la prestación de servicios públicos esenciales. Tal derecho, además de no ser absoluto, tampoco se considera fundamental. Por ello, sólo ha sido protegido por vía de acción de tutela en su connotación excepcional de fundamental por conexidad o extensión con otros derechos fundamentales.

Desde la propia Constitución de 1991 se da paso a la participación de particulares con ánimo de lucro en la prestación de los servicios públicos. En especial, la Constitución permite la concurrencia en la administración y en la prestación del derecho fundamental a la salud en su dimensión o faceta de servicio público esencial. Desde allí los derechos a la salud y a la libertad económica, ambos de estirpe constitucional, el uno con un claro contenido social y el otro con una diáfana concepción económica, se cruzan en el marco del Estado social de derecho. Concepciones, social y económica, que desde su propia naturaleza teleológica se encuentran en tensión. Tensión que por medio de la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007 y sus múltiples decretos reglamentarios se estructura en el SSSI y en el SGSSS, creados y desarrollados por tales normas.

En efecto, el SSSI y en especial SGSSS se estructuran en el contexto de la economía de mercado, del modelo de competencia regulada y del pluralismo estructurado bajo la figura de la concurrencia de particulares con ánimo de lucro en la administración y prestación de los servicios de salud. El Estado en todo caso conserva las potestades de inspección, vigilancia y control; y garantiza el servicio público y esencial de salud. Por ende, garantiza el derecho fundamental a la salud. En ese contexto, el SGSSS permite la coparticipación de las EPS e IPS privadas en el funcionamiento de su régimen contributivo y de su régimen subsidiado, en uso de su derecho a la libertad económica, de empresa y de competencia. Por tanto, el SGSSS entra en operación desde 1995 teniendo

como entidades moduladoras del sistema en la teoría del pluralismo estructurado a las empresas promotoras de salud y como prestadoras de los servicios de salud a las IPS. Las primeras, con claras funciones de aseguradoras del riesgo y de representantes entre los afiliados y las prestadoras. Las segundas, como proveedoras de los servicios contemplados en el POSC o en el POSS.

No obstante, las regulaciones constitucionales y legales que estructuran la principalística del concepto de salud, del derecho fundamental a la salud y de los servicios públicos de salud, a más de las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, la gran cantidad de acciones de tutela y de reclamos por la negativa de las administradoras del régimen contributivo del SGSSS del SSSI con relación al POS, son importantes indicadores que demuestran la alta vulnerabilidad y vulneración de derecho fundamental a la salud en Colombia tal como lo demuestran los estudios reseñados en este trabajo.

Analizados un gran número de fallos de revisión de acciones de tutela de la Corte Constitucional desde 1995 hasta 2008, se detectan y se estructuran puntos claves y reiterados de negativas por parte de EPS e IPS que administran y prestan los servicios en el régimen contributivo. En todos ellos es posible encontrar que se configura la natural tensión entre el derecho fundamental a la salud y en el derecho a la libertad económica en sus dimensiones de libre empresa y libertad de competencia, bajo el esquema de contención de costos a través de la imposición de barreras económicas y administrativas, en aras de la búsqueda de la maximización de ganancias. Barreras que han actuado como medios para dilatar, aplazar, negar o desestimular el acceso y uso de los servicios de salud del POSC. Todo ello permite deducir que en muchas de las decisiones de las EPS e IPS involucradas en los casos de tensión entre el derecho fundamental a la salud y la libertad económica ha prevalecido en gran medida esta última sobre el derecho fundamental a la salud.

En consecuencia con lo anterior, se decide que, en efecto, una de las razones del incumplimiento del POSC, por ende de la ineficacia del derecho fundamental a la salud, ha sido principalmente la colisión que desde la misma Constitución de 1991 se estableció entre tal derecho y el derecho a la libertad económica. Precisamente de la posibilidad de la concurrencia con los particulares en la administración y prestación de los servicios de salud referidos al POSC del SGSSS del SSSI, permitida por la Constitución y desarrollada por las normas legales y reglamentarias, parece derivarse una constante y natural contradicción entre los intereses de los particulares que participan en calidad de aseguradores o de prestadores en el sistema y los principios que rigen y que caracterizan el fundamento social del derecho fundamental a la salud. Contradicción que se evidencia en los diferentes eventos de conflicto analizados y que en la mayoría de veces fue resuelto por la Corte Constitucional a favor del derecho fundamental a la salud.

En resumen, es cierto que el derecho fundamental a la salud en Colombia se encuentra elevado actualmente a rango constitucional. Igual es cierto, además de ser un hecho notorio, que según la jurisprudencia analizada, hay un alto número de sentencias de la Corte Constitucional que en general demuestran la alta vulnerabilidad del derecho fundamental a la salud por la negativa total o parcial del POSC por múltiples causas por parte de las entidades encargadas de su autorización o de su prestación. También es cierto que una de las causas de los conflictos analizados se debe a las confrontaciones, contradicciones y colisiones presentadas al interior del sistema normativo que rige el POSC, en especial la colisión natural entre el derecho fundamental a la salud desde su esencia social, y el derecho fundamental a la libertad económica desde su razón en el lucro. En consecuencia, es cierto que una razón para que el derecho fundamental a la salud de los afiliados y beneficiarios del POS del régimen contributivo del SGSSS haya sido ineficaz lo es la prevalencia del concepto de racionalidad económica sobre el concepto de salud integral.

Por ello, una visión integral y sistémica de los conceptos de seguridad social y de salud, una concepción jurídica del derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental, un sistema normativo acorde a tal concepción, claro, preciso y coherente, una jurisdicción especializada en el tema de la seguridad social y la salud, una posición jurisprudencial unificada, unificadora y efectivamente vinculante sobre la iusfundamentalidad del derecho a la salud, unos actores –aseguradoras, prestadores y profesionales de la salud– en función de la eficacia del derecho fundamental a la salud antes que en función de meros intereses económicos, unos afiliados y beneficiarios conocedores de sus derechos y deberes y unos órganos de dirección y control del SGSSS actuantes en función del derecho fundamental a la salud en el marco de un Estado Social, quizás elimine o por lo menos minimice los “paseos de la muerte” y los *muertos de la Ley 100*, hoy, entre otras, fruto de la razón jurídica planteada en este trabajo y que implica, finalmente, la ineficacia en su connotación de incumplimiento –y por qué no de aplicación– del derecho fundamental a la salud en el caso del POSC.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINAS

ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ABEL, Christopher. *Ensayos de historia de la salud en Colombia 1920-1990*. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional. Bogotá: 1996.

AGUILÓ REGLA, Josep. *La Constitución del Estado Constitucional*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Bogotá: Palestra editores, Temis, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.

-----, *Teoría de la argumentación jurídica*. Traducción Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección el Derecho y la Justicia. Segunda Edición actualizada. Madrid: 2007.

-----, *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho. n.º 1.1995.

-----, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del derecho. n.º 28. 2003.

ALMANSA PASTOR, José María. *Derecho de la Seguridad Social*. 7ª Edición. Tecnos.1991.

ARANGO LONDOÑO, Gilberto. *Estructura económica colombiana*. Novena edición. Bogotá: MC Graw Hill, 2000.

ARANGO, Rodolfo. *Derecho, constitucionalismo y democracia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: Legis, 2004.

------. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2006.

------. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Universidad Nacional de Colombia. Primer Edición. Bogotá: Legis, 2006.

ARBELÁEZ RUDAS, Mónica. *Derecho a la Salud en Colombia. El Acceso a los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Ediciones Antropos. Centro de Investigación y Educación Popular, Cinep, 2006.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. *El Derecho Colombiano de la Seguridad Social*. Segunda Edición. Cuarta reimpresión. Bogotá: Legis, 2008.

BALDASSARRE, Antonio. *Los Derechos Sociales*. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho. n°. 20. Universidad Externado de Colombia, 2001.

BARTOLINI, Stefano, y otros. *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1988.

BAUTISTA, Juan Darío. *Derecho y Economía de la Salud en Colombia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2009.

BENDA, Ernesto, y otros. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BENÍTEZ MORALES, Otto, *Seguridad Social Integral*. Publicación de los Seguros Sociales del valle del Cauca. Cali: Imprenta Departamental, 1960.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Escritos sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

------. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y

Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

------. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Serie intermedia de teoría jurídica y filosofía del derecho. n°. 7. 2009.

BETEGÓN, Jerónimo. *Lecciones de Teoría del Derecho.* Madrid: McGraw-Hill, 1997.

BIANCHI, Roberto. *Principales conceptos utilizados en Seguridad Social.* Ciedla.

BLANCO ZÚÑIGA, Gilberto. *Sistema de Fuentes en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.* Barranquilla: Colección Jurídica, Ediciones Uninorte, 2007.

BLASCO LAHOZ, José Feisco y otros. *Curso de seguridad social.* Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: 2005.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho.* Segunda Edición. España: Editorial Debate, 1990.

------. *Teoría general del derecho.* Editorial Temis. Tercera edición. Bogotá: 2007. Traducción: Jorge Guerrero R.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. "Teoría e interpretación de los derechos fundamentales"; en su libro *Escritos sobre derecho fundamentales.* Traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales.* Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. n°. 25. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Primera Edición Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTERO ANGULO, Jorge Humberto y otros. *Grandes Temas del Derecho Constitucional Colombiano.* Capítulo "El intervencionismo de Estado en la Iniciativa Privada". Carlos Alberto Velásquez Restrepo. Primera Edición. Medellín: Biblioteca Jurídica DIKE, 1994.

- BOWEN H, Alfredo. *Introducción a la Seguridad Social*. Tercera Edición. Chile: Editorial Jurídica.
- BRENA SESMA, Ingrid. *El Derecho y la salud: temas para reflexionar*. Universidad Nacional Autónoma de México. México: 2004.
- BUITRAGO C, Luis A, *Nuevo régimen de Pensiones y Seguridad Social en Salud*. Segunda Edición. Bogotá: Jurídicas Wilches, 1995.
- BUITRAGO C, Luis A, *Nuevo régimen de Pensiones y Seguridad Social en Salud*. Segunda Edición. Bogotá: Jurídicas Wilches, 1995.
- BUSNELLI, Francisco Donato, *Tutela della salute e diritto privato*. Milano: A. Giuffré, 1978.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Procesal Laboral*. Temis. Bogotá: 2000.
- CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- , *Seguridad Social ¿un negocio o un servicio?* Bogotá: Instituto de Estudios Sociales. Juan Pablo II. FIEL. 1992.
- CARBONELL, Miguel. *Elementos de derecho constitucional*. México: Distribuciones Fontamara, 2006. Primera Reimpresión.
- , Coordinador. *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado. Primera Edición. 2007.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio. *Introducción al Derecho Mexicano: Derecho de la Seguridad Social*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II, 7ª edición. Buenos Aires: Editorial Lexis-Nexis, 2002.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Primera Reimpresión. Bogotá: Ed. Legis, 2008.

CERÓN CORAL, Jaime, *La Reglamentación de la Seguridad Social. Aspectos Constitucionales de la Reforma a la Seguridad Social*. 1ª Edición. Medellín: Ediciones Rosaristas Diké, 1995.

CHERSI, Carlos Alberto y otros, *Contrato de Medicina Prepagada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1993.

CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.

CETINA VARGAS, Oswaldo. *Derecho Integral de Seguridad Social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1986.

CORTÉS, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá: 2009.

CORTÉS HERNÁNDEZ, Óscar Iván. *Derecho de la Seguridad Social*. Tercera Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2007.

CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de empresa en el Estado social de Derecho*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 2008.

COSTAS, Douzinas. *El fin de los derechos humanos*. Universidad de Antioquia. Medellín: Ed. Legis, 2008.

CRISTANCHO PARRA, J, Leopoldo. *Colombia y los modelos de Seguridad Social en el mundo*. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1986.

CUEVAS, Homero. *Teorías económicas del mercado*. Bogotá: Universidad Externado. 2007.

DE CURREA LUGO, Víctor. *El derecho a la Salud en Colombia: 10 años de frustraciones*. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá: Ediciones Antropos, 2003.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1999.

DE RAMIREZ BASTIDAS, Raquel. *El precedente Judicial*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

DENNINGER, Erhard. En *Introducción a los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.

DÍAZ GARCÍA, Antonio. "El Estado: Guardián del Bien Común". *Seguridad Social. Derecho Fundamental y Base para el Bien Común*. Fundación Konrad Adenauer, 1994.

DIEZ PICAZO, Luis María. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho. La derogación de la ley*. Madrid: Civitas, 1999.

----- . *Sistema de derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 2005.

DILLARD, Dudley. *La teoría económica de John M. Keynes. Teoría de una economía monetaria*. Traducción José Díaz García. España: Editorial Aguilar, 1981.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.

DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Las Pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia*. Librería Ediciones del Profesional, Primera Edición. Bogotá, 2003.

DURAN Y LALAGUNA, Paloma. *Una aproximación al análisis económico del derecho*. Granada, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Editorial Ariel, 1995.

ECHEN, Frederick Joseph. *El Laborismo Británico y el Plan Beveridge*. Buenos Aires: Editorial Mundo Atlántico, 1943.

HAYEK FRIEDRICH, August Von. *The Pure Theory of Capital*. Routledge & Kegan Paul, 1976.

FERNÁNDEZ CABRERA, Germán, *El Nuevo Sistema de salud en Colombia*. Bogotá: Castillo Editores, 1996.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, y otros, *Ley General de la Seguridad Social*. España: Biblioteca de Textos Legales, 2001.

FERNÁNDEZ PASTORINO, A, *Seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

-----, *Derecho y Garantías. Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.

-----, *Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell*. Madrid: Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. *El nacimiento de la clínica*. Una arqueología de la mirada médica. Traducción Francisca Perujo. México: Siglo Veintiuno Editores, 2006.

FORERO DE SADE, María Teresa, "Administrar con Justicia Social". *Seguridad Social. Derecho Fundamental y Base para el Bien Común*. Fundación Konrad Adenauer, 1994.

FRIEDMAN, Milton. *Paradojas del Dinero: Hacia un nuevo liberalismo económico*, 1992. Traducción: José Bravo Grijalbo.

GAMBOA JIMÉNEZ, Jorge. Régimen de Seguridad Social, Salud y Riesgos Profesionales. Leyer. Décima edición. Bogotá, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía*. Paidós. Barcelona, 1999.

-----, *Crítica de la Constitución*. Capital Intelectual. Buenos Aires, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Derecho, ética y política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GAVIRIA BETANCUR, Paula. *Derecho a la salud. Derechos económicos, sociales y culturales*. Defensoría del Pueblo. Bogotá: Red de promotores de derechos humanos, 2004.

GIMENO ULLASTRES, Juan A. "La eficiencia y los fallos del mercado: el intervencionismo público". Capítulo 4 del *Libro Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica. Economía de la Salud: Fundamentos*. Gimeno Ullastres y otros. Editores Juan A. Gimeno, Santiago Rubio y Pedro Tamayo, Ediciones Diazdesantos, 2005.

GIRALDO, César. *¿Protección o desprotección social?* Bogotá: Fundación CESDE, Universidad Nacional, 2007.

GIRALDO VALENCIA, Juan Carlos. *Ejercicios del derecho a la Salud en Colombia*. Primera edición. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2000.

GÓMEZ ARIAS, Rubén Darío. "La emergencia social en salud en Colombia", en *Cuadernos del Doctorado, n.º. 13, voces críticas desde la academia sobre la Emergencia Social en Salud*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá Interfacultades, 2010.

GÓMEZ GALLEGO, Rocío. *La dignidad humana en el proceso de salud-enfermedad*. Colección textos de la salud. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

GÓMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008.

----- . *Teorías de los derechos fundamentales* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2008.

GONZÁLEZ BELFUISI, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Centro de Estudios Políticos. Madrid: 2003.

GONZÁLEZ ROARO, Benjamín, *La Seguridad Social en el Mundo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2003.

GUTIÉRREZ C, Luz Helena y otro. *El Derecho a la Salud*. Primera Edición. Medellín; Señal Editora, 2000.

HABERMAS, Jürguen, *Facticidad y Validez*. Colección estructuras y procesos. Serie Filosofía. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HENAO W, Miriam. *Salud para la calidad de la vida*. Bases para un plan nacional de ciencia y tecnología de la salud. Programa nacional de ciencia y tecnología. Colciencias. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1993.

HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario. *La salud fragmentada en Colombia. 1910-1946*. Instituto de Salud Pública. Bogota: Facultad de Medicina Universidad Nacional de Colombia, 2002.

HERRERA VERGARA, José Roberto. *Globalización laboral y de la seguridad social*. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

HIERRO, Liborio. *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel, 2003.

HORTA DÍAZ, Jaime. *Derecho Económico y Globalización. Derecho Comparado*. Primera Edición. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional, 2008.

JARAMILLO PÉREZ, Iván. *El futuro de la salud en Colombia*. Cuarta Edición. Bogotá: Fescol. Fundación Corona, 1999.

JULIO ESTRADA, Alexei. "Economía y Ordenamiento Constitucional"; en *Teorías Jurídicas y Económicas del Estado*. Homero Cuevas y otros. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

KANT, Immanuel. *Metafísica de las Costumbres*, Segunda parte. Principios de la doctrina de la virtud, Tecnos, trad. de Cortina, A., Madrid, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2005.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio. *Metodología del derecho*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1982.

LAURELL, Asa Cristina, "el modelo privatizador en los sistemas de salud: el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social" en *Diez Años de reformas a*

la seguridad social en México, balance, perspectivas y propuestas, Rosario Ortiz Magallón, México: 2008.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes. Bogotá: Legis, 2009. Séptima Reimpresión.

LÓPEZ, Obregón, Clara. *Economía de los derechos*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, Universidad del Rosario, 2009. Primera Reimpresión.

MADRID-MALO, Mario. *Derechos Fundamentales. Conózcalos, ejérzalos y defiéndalos*. Tercera Edición. Bogotá: 3R Editores, 2004.

MARTÍNEZ MARTÍN, Félix León. *Protección Social: entre el aseguramiento y la asistencia*. Posgrados de Economía. Grupo de Protección Social. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2008.

MAY, Ernesto. *La pobreza en Colombia*. Un estudio del Banco Mundial. TM Editores. Banco Mundial. Traducción Fereshteh Ebrahim Zadeh, 1996.

MILLÁN MENDOZA, Néstor Hugo. *La Acción de Tutela en el Sector Salud*. Bogotá: Centro Editorial Catorse, 2003.

MIRANDA TALERO, Alfonso, *El derecho de la Seguridad Social*. 1ª Edición. Bogotá: Colección Profesores. n.º. 16. Fundación Cultural Javeriana, 1995.

MOLINA, Carlos Ernesto. *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano; orígenes, noción, clases y fuentes de las normas internacionales del trabajo, vías de incorporación, jerarquía y aplicación como normas internas por jueces y operadores jurídicos nacionales*. Bogotá: Temis, 2005.

MORONES PRIETO, Ignacio. *Tesis Mexicanas de Seguridad*. México: Centro de documentación del Instituto Mexicano del Seguro Social, 1971.

MÜLLER, Fritz. *Pobreza, participación y Salud*. Casos Latinoamericanos. Medellín: U de A, 1991.

NETTER, F, *La Seguridad Social y sus Principios*. México: Instituto Mexicano del Seguro Social, 1982. Traducción. Julio Arteaga.

NIETO, Emmanuel, *El Debate sobre la Seguridad Social en Colombia*. Ensayos Laborales. Escuela Nacional Sindical: 1995.

NINO, Carlos S. *Autonomía y necesidades básicas*. Doxa, Alicante. n.º. 7, 1990.

-----, *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Asprea, Buenos Aires.

NUSSBAUM, Martha C. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: Paidós, 2006. Traducción: Vila Vernis.

OBANDO GARRIDO, José María. *Derecho Procesal Laboral*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2003.

ORDEIG FOS, José María. *El Sistema español de Seguridad Social*. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1988.

OROZCO AFRICANO, Julio, y otro. *Lo que usted debe saber sobre seguridad social en salud*. Espitia Impresores, Editorial Coeemsotatur, 1997.

OSPINA R, Juan Manuel. *La seguridad social. Una prioridad nacional*. Bogotá: La Previsora, 1989.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". n.º 37. Bogotá: 1997.

-----, *Tutela y Amparo. Derechos protegidos. Estudio comparativo Colombia-España*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1998.

PACHÓN LUCAS, Carlos. *Diccionario de la Seguridad Social*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2009.

PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. *El Derecho a la Salud: Su situación en Colombia*. Ediciones Antropos. Bogotá: Cinep – GTZ, 2003.

PARRA VERA, Óscar. *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Defensoría del Pueblo. Serie DESC, 2003.

PLAZAS G, Germán, *La nueva Seguridad Social*. Bogotá: Consultores de Colombia. Tomo I, 1998.

PEDRAZA CUERVO, Ariel, *Estatuto de Seguridad Social y Pensiones*. Décima tercera edición. Bogotá: Leyer, 2009.

PELÁEZ QUINTERO, Jaime Alberto. *El Negocio de la Salud en Colombia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2008.

PEREIRA, POTYARA A.P, *Necesidades Humanas. Para una Crítica a los Patrones Mínimos de Sobrevivencia*. Sao Paulo: Cortez Editora, 2000. Traducción. Gabriela Lema.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*. Tecnos, 1997.

----- . *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Tecnos, 2007.

PÉREZ SALAZAR, Mauricio. Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991, en *Teoría Constitucional y Políticas Públicas. Bases críticas para una discusión*. Directores del proyecto: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. Coordinador. Alexei Julio Estrada. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2007.

PIETERS, Danny, *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Instituto Nacional de Seguridad Social, Civitas, 1992.

PINZÓN CAMARGO, Mario Andrés. *Acceso a medicamentos y patentes, un conflicto de derechos y una propuesta alternativa para su conciliación: una visión desde la nueva economía institucional*. Bogotá, Tesis de Maestría. Universidad Externado de Colombia, 2009.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios sobre derechos*. Madrid: Debate, 1990.

------. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

QUINTERO MOSQUERA, Diana Patricia. *La eficacia del derecho a la salud de los grupos vulnerables en Colombia a partir de la expedición de Ley 100 de 1993*. Bogotá: Tesis de grado doctoral. Doctorado en Derecho. Universidad Externado de Colombia. 2009.

RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. *El Estado de Justicia. Más Allá del Estado de Derecho*. Bogotá: Temis. 1996.

RAMÍREZ RODRÍGUEZ, Carolina. *Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop*. Bogotá: Universidad Externado. 2005.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica. México: 2006. Sexta reimpresión. Traducción: Dolores González.

REDONDO GÓMEZ, Herman y Fernando Guzmán Mora, *La Reforma de la Salud y la Seguridad Social en Colombia. El desastre de un Modelo Económico*. Medellín: Diké, 2000.

RENGIFO ORDÓÑEZ, Jesús María, *La Seguridad Social en Colombia*. Bogotá: Editorial Temis, 1974.

RESTREPO, Mauricio. *Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia* en el libro: *Ejercicios del Derecho a la Salud en Colombia*, compilado por Juan Carlos Giraldo Valencia. Defensoría del Pueblo. Bogotá: 2001.

REY, Cantor, Ernesto y otro. *Las generaciones de los derechos humanos*. Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá: Ibáñez, 2007.

RODRÍGUEZ MESA, Rafael. *La reforma a la seguridad social en Colombia. Pensiones y Riesgos Profesionales*. Segunda Edición. Bogotá: Rodríguez Quito Editores, 1997.

------. *La Seguridad Social en Colombia, Régimen Jurídico*. Bogotá: Legis, 1999.

-----, *La Reforma a la Seguridad Social en Colombia*. Bogotá: Quito editores, 2003.

RODRÍGUEZ, Óscar, *Estructura y Crisis de la Seguridad Social en Colombia*. 1941-1992. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo. Universidad Nacional, 1992.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José y otros, *Sistema de Seguridad Social*. 6ª Edición. España: Tecnos, 2004.

ROJAS ARREOLA, Gonzalo y otra. Seguridad Social en México: Presente y futuro en Simposio. *Temas selectos de Salud y Derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. 2002. P. 34.

ROSANIA VITOLA, Humberto, *La Seguridad Social una Prioridad Nacional*. Bogotá: La Previsora, 1989.

ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Realización: D. Gallego y Asociados. Primera Reimpresión. Madrid: 2007.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. *El contrato social*. Bogotá: Editorial Linotipo, 1979.

ROUX RENGIFO, Carlos Vicente de. *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Economía y Democracia*. Santiago de Chile: Cepal, 2004.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*. Barcelona: Ariel, 1995.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. México: Editorial Porrúa, 2008.

SALAMA, Pierre y otros. *Sistemas de Protección Social: entre la volatilidad económica y la vulnerabilidad social*. Colección de Estudios sobre protección social. Tomo I. Centro de Investigaciones para el Desarrollo. CID. Bogotá: Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Colombia, 2005.

SAMPER RODRÍGUEZ, Gustavo, *La Seguridad Social en Colombia*. Bogotá: Colombo Editores, 1996.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Ediciones Planeta. Traducción Esther Rabasco y Luis Toharia. Bogotá: 2000.

SERRANO, José Luis, *Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Trotta, Madrid, 1999.

SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*. Edición de Edwin Cannan. Traducción Gabriel Franco. México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

STIGLITZ; Joseph E. *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch. 1996. Traducción: María Esther Rabasco y Luis Toharia.

SUÁREZ CORUJO, BORJA. *Introducción al Derecho de la Protección Social*. Valencia, España: Edita Tirant lo Blanch, 2006.

TORRES CORREDOR, Hernando. *Sistema de Seguridad Social. Ley Básica*. Volumen I. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. n.º 80. Temas de Derecho Público. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

UPRIMNY, Rodrigo y otros. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Primera edición. Bogotá: Grupo editorial Norma, 2006.

VANEGAS CASTELLANOS, Alfonso, *Teoría y Práctica de la Seguridad Social*, Tercera edición. Santafé de Bogotá: Ediciones librería del Profesional, 1997.

VÉLEZ ARANGO, Alba Lucía y otros. *La protección del derecho a la salud y la acción de tutela. Caso de estudio. Manizales, 2009.* Universidad de Caldas, 2010.

VÉLEZ, Marcela. *Salud: negocio e inequidad.* Quince años de la Ley 100 en Colombia. Bogotá: Ediciones Aurora, 2008.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo.* Décima Tercera Edición. Primera Reimpresión. Bogotá: Legis, 2009.

VILA CASADO, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo.* Primera Edición. Bogotá: Legis, 2007.

WERNER LACHMAN y Otro. *Seguridad Social en la Economía Social de Mercado. Bases conceptuales y principios metodológicos.* Argentina: Ciedla Editores, 1995.

WEISS, Gregory L. *The Sociology of Health, Healing and Illness.* Fifth edition. New Jersey: Linne E. Lonnquist copyright, by Pearson Education, 2006.

WILCHES B, Gustavo, *Fundamentos de Seguridad Social.* Jurisprudencia y Doctrina. Bogotá: Radar, 1983.

YEPES PARRA, Antonio, *Hacia una Utopía. Por la Defensa de la Seguridad Social Pública en Colombia.* ISS. Medellín, 1995.

DOCUMENTOS

BOLETÍN JURÍDICO BIMENSUAL DE SUPERSALUD, n°. 6, mayo-junio de 2006, pie de página 2.

BUSCANDO MEDICAMENTOS PARA EL PLAN LIMITADO ÚNICO DE SALUD -PLUS-. Periodista. Olga Lucía Muñoz López. Año 10. n°. 125, febrero de 2009.

CONCEPCIÓN INTERNACIONAL DE LO QUE DEBE SER EL CONTENIDO EXIGIBLE PARA LOS PROGRAMAS DE SEGURIDAD SOCIAL.

Postulados Universales de la OIT, adoptados en la Reunión Panamericana de la Seguridad Social.

CONCEPTO 80112- 2007EE9795 DEL 7 DE MARZO DE 2007, firmado por César Torrente Bayona, Director Oficina Jurídica de la Contraloría General de la República de Colombia.

COLECCIÓN LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA ENCRUCIJADA. Tomo I. ¿ha mejorado el acceso a la salud? Tomo 2. Los avatares del servicio de salud para los pobres. Tomo 3. Hacia una reforma del Sistema de Seguridad Social. Salud, Pensiones y Riesgos profesionales. República de Colombia. Ministerio de la Salud. Bogotá: Universidad Nacional, CID, 2002.

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA. La ordenación del Sistema Económico en las Constituciones Occidentales. Editorial. En: Revista de Derecho Privado. Centros de Estudios y Comunicación Económica, 1977. Coordinador. Luis Sánchez Acosta. Madrid.

CONSTITUCIÓN Y MODELO ECONÓMICO EN COLOMBIA: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Debates de Coyuntura Económica. Rodrigo Uprimny y César Augusto Rodríguez G.

COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD. Acción sobre los Actores Sociales Determinantes de la Salud: Aprender de las Experiencias Anteriores. Documento de información preparado para la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. Marzo de 2005. Organización Mundial de la Salud (OMS).

DEBATE DE COYUNTURA LEGISLATIVA: los retos del sistema de salud en Colombia. Observatorio Legislativo del Instituto de Ciencia Política "Hernán Echavarría Olózaga". Boletín n°. 112 de octubre de 2008.

DERECHOS HUMANOS Y SALUD. Memorias del I y II simposios nacionales de derechos del paciente. Serie documentos. Defensoría del Pueblo. Recopilación: Beatriz Londoño Toro. Bogotá: 1991.

----- Y SOCIALES. Bogotá: Serie de documentos. Defensoría del Pueblo.

DIEZ AÑOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO. Evaluación y Perspectivas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Coordinador Emilio Carrasco.

DILEMAS EN LAS DECISIONES EN LA ATENCIÓN EN SALUD. Ética, derechos y deberes constitucionales frente a la rentabilidad financiera. Universidad de Antioquia y otros. Editores académicos: Gloria Molina M. y otros, 2009.

DISCURSO DE ANGOSTURA. Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819.

DISEÑO Y EXPERIENCIA DE LA REGULACIÓN EN SALUD EN COLOMBIA. Restrepo Zea, Jairo Humberto y Rodríguez Acosta, Sandra.

ECONOMÍA Y FALLOS CONSTITUCIONALES. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991 hasta 2003. Pérez Salazar, Mauricio. Documentos de Trabajo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Facultad de Economía. n°. 21 . 2007.

EL CAMBIO ESTRUCTURAL DEL SISTEMA SOCIOECONÓMICO COSTARRICENSE DESDE UNA PERSPECTIVA COMPLEJA Y EVOLUTIVA (1980-1998). 2.2.4.- Hacia una convergencia de las corrientes. Antonio Luis Hidalgo Capitán. Universidad de Huelva.

EL CONCEPTO DE SALUD. Definición y Evolución. Marta Talavera.

EL DAÑO A LA PERSONA. Busnelli, Francesco Donato Traducción del italiano de Sheraldine Pinto Oliveros.

EL DERECHO A LA SALUD: su situación en Colombia. GTZ, CINEP, Bogotá, 2003.

EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN, LA JURISPRUDENCIA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. Defensoría del Pueblo. Autor. Oscar Parra Vera, Bogotá, 2003.

EL DERECHO A LA SALUD EN LAS AMÉRICAS: reconocimiento Constitucional y derechos afines. Presentado en el Congreso Internacional

de las Ciencias Forenses. (Forense '97), 6 al 11 de octubre de 1997, La Habana, Cuba. Heidi V. Jiménez. Asesor jurídico.OPS.

EL DERECHO A LA SALUD EN PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL DEL ESTADO COLOMBIANO EN MATERIAS DE QUEJAS EN SALUD. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2008.

EL ITINERARIO BUROCRÁTICO DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO, INVESTIGACIÓN DIRIGIDA POR CÉSAR ABADÍA Y DIANA OVIEDO. Universidad Nacional. 2009.

EL SISTEMA DE SALUD EN COLOMBIA. Evolución, Situación actual y perspectivas. Fundación Corona. Grafos, 1999.

EPS: ¿CUÁL CRISIS? Siguen aliviadas, pese a crisis financiera de 2009. Jaime Peláez Quintero. Periódico el Pulso. Año 11. n°. 142. Julio de 2010.

EVALUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUE BRINDAN LAS EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD. Índice de Satisfacción de los Usuarios de Salud –ISUS –, Informe 112 de la Defensoría del Pueblo, 2005.

EVALUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD QUE BRINDAN LAS EMPRESAS PROMOTORAS DE SALUD. 2009. Índice de Satisfacción de los Usuarios de Salud –ISUS –, Informe 112 de la Defensoría del Pueblo, 2010.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL SEGURO SOCIAL. 1949-1989. Instituto de Seguro Social. Bogotá.

HAY QUE EMPODERAR A LOS DESTINATARIOS DEL POS: OISS. Periodista. Hernando Guzmán Paniagua. Periódico el Pulso. Año 10. n°. 127. Abril de 2009.

INCIDENCIA DE LOS GASTOS DE BOLSILLO EN SALUD EN SIETE PAÍSES LATINOAMERICANOS. Marcela Perticara. Chile: Naciones Unidas. Cepal. División de Desarrollo Social. Serie Políticas Sociales. n°.141. 2008.

INFORME DE LA SALUD EN EL MUNDO 2008: La Atención Primaria en Salud, más necesaria que nunca, OMS. 2008.

INFORME DIRIGIDO A LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA SENTENCIA 760/08. Defensoría del Pueblo 2009.

INFORME SOBRE EL DESARROLLO MUNDIAL 1993: *Invertir en Salud*. Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial. Washington D.C.

INFORME SOBRE LA SALUD: *El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Estado Colombiano en Materia de Quejas en Salud*. Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos. La Agencia Catalana de Cooperación al Desarrollo de la Generalitat de Catalunya (ACCD) y el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJuSticia-. Primera edición: mayo 2008. Bogotá D.C., Colombia.

INTRODUCCIÓN A LA ECONOMÍA DE LA SALUD. Contexto internacional y aplicación para Colombia. Restrepo, Jairo Humberto y Sara Catalina Atehortúa. Ponencia presentada en: 1er. Congreso Colombiano de Economía de la Salud. Bogotá, noviembre 9 y 10 de 2006. Universidad de Antioquia. Grupo de Economía de la Salud (GES). Centro de Investigaciones Económicas.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. Agencia Española de Coordinación Internacional (AECI) y Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS). Madrid: 1996.

LA COMPETENCIA REGULADA Y LA CALIDAD DE LA ATENCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL USUARIO. Evidencia del sistema de salud colombiano. Diana Margarita Pinto Masis. Harvard School of Public Health. Octubre de 2002.

LA ORGANIZACIÓN DE LA SALUD EN COLOMBIA. Iván Darío Arroyave Zuluaga. Hospital Universitario San Vicente de Paúl y El Pulso. Medellín. 2009.

LA SALUD AL DERECHO. Universidad de Antioquia, Movimiento nacional por la salud y la seguridad social y Gobernación de Antioquia. Medellín: 2001.

LA SALUD EN COLOMBIA: ABRIENDO EL SIGLO...Y LA BRECHA DE LAS INEQUIDADES. Esperanza Echeverry López Revista Gerencia y Políticas de Salud. Universidad Javeriana. Bogotá: n°. 3, diciembre de 2002.

LA SALUD EN COLOMBIA. Elvira Roldan I. Monografía publicada por el DANE en el Boletín mensual de Estadística. n°. 244.

LA SALUD ESTÁ GRAVE. Una visión desde los derechos humanos. Ediciones Antropos. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Bogotá: 2000.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN AMÉRICA LATINA. Argentina: Ciedla. Konrad Adenauer, 1995.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Estudios financiados por el Programa para el Mejoramiento de la Gestión Hospitalaria. Gehos. Bogota: 1993.

LA REFORMA A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA Y LA TEORÍA DE LA COMPETENCIA REGULADA. Mauricio Restrepo Trujillo. Bogotá, 1996.

LA TUTELA Y EL DERECHO A LA SALUD. 2003-2005. Defensoría del Pueblo, 2007.

----- . 2006-2008. Defensoría del Pueblo, 2009.

LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN IBEROAMÉRICA. OISS. Madrid: 1998.

LAS REFORMAS EN SALUD EN AMÉRICA LATINA Y LA ATENCIÓN EN SALUD DE LOS Y LAS ADOLESCENTES. López, María Elena.

LAS REFORMAS EN EL SECTOR SALUD EN ARGENTINA Y CHILE. Coordinadora Mónica Gogna. Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), BID, 2004.

LA SEGURIDAD SOCIAL EN UNA SOCIEDAD CAMBIANTE. España: 1992. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

LEY GENERAL DE SALUD. México: Colección Porrúa, 1995.

LINEAMIENTOS NACIONALES DE PARA LA APLICACIÓN Y EL DESARROLLO DE LAS ESTRATEGIAS DE ENTORNOS SALUDABLES DEL LOS MINISTERIOS DE PROTECCIÓN SOCIAL, EDUCACIÓN NACIONAL, DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL DE COLOMBIA Y LA ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. 2006.

LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES SOBRE EL DERECHO A LA SALUD: IMPLICACIONES DE EQUIDAD Y EFICIENCIA. Ramón A Castaño,. Documento de trabajo. Bogotá: Economía. Serie de Documentos de Trabajo. Universidad del Rosario, n°. 3, julio de 2006.

LOS NUEVOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL. Teoría y Práctica. Bogotá: Editemas, 1994.

MANUALES. Derecho de la seguridad social. Director Luis Enrique de la Villa Gil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

MODELO ECONÓMICO QUE HA IMPERADO EN COLOMBIA Y LAS CONSECUENCIAS O IMPACTOS QUE EL MISMO HA TENIDO EN EL MERCADO DE TRABAJO EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS. Arenas Monsalve, Gerardo y otros.

ORGANISMOS REGULADORES DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO: CONFORMACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y RESPONSABILIDADES. Restrepo Zea, Jairo Humberto y otros. Borradores del CIE. n°. 1. Agosto de 2002. Centro de Investigaciones Económicas. Universidad de Antioquia.

PERFIL DEL SISTEMA DE SALUD EN CHILE. Programa de Organización y Gestión de Sistemas y Servicios de Salud. División de Desarrollo de Sistemas y Servicios de Salud. Organización Panamericana de la Salud, 2002.

PLURALISMO ESTRUCTURADO: HACIA UN MODELO INNOVADOR PARA LA REFORMA DE LOS SISTEMAS DE SALUD EN AMÉRICA LATINA. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.

PROMOCIÓN DE LA SALUD. Glosario. Organización Mundial de la Salud. 1998. p. 10.

REFORMA COLOMBIANA DE SALUD BASADA EN EL MERCADO: UNA EXPERIENCIA DE “MANAGED CARE Y MANAGED COMPETITION”. Acosta Ramírez, Naydú. Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. Tercer Mundo. Bogotá: Fescol, 1997.

------. Bogotá: 1992. Coordinadores: Miguel Eduardo Cárdenas y Guillermo Olano. Fundación Corona.

SALUD PARA LA CALIDAD DE LA VIDA. Colciencias. Coordinación general: Myriam Henao, 1993.

SEGURIDAD SOCIAL. Derecho Fundamental y base para el bien común, 1994. Fundación Konrad Adenauer.

------. Ley 100 de 1993. Cali: Secretaría de Salud de Cali, Ediciones Rodrigo Ordóñez, 1997.

SOCIAL INSURANCE AND ALLIED SERVICES. Denominado como: “Primer Informe Beveridge”. William Henry Beveridge, 1942.

SUPLEMENTO ENCICLOPÉDICO AL BOLETÍN PARA AFILIADOS A PUERTAS ABIERTAS TITULADO “Los Fundamentos de la Higiene Vital”, 1979.

TEMAS SELECTOS DE SALUD Y DERECHO. México: 2002. Coordinadora: Marcia Muñoz de Alba Medrano. Universidad Nacional Autónoma de México.

TODO SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SUS PRESTACIONES. Guía jurídica completa. Colección legal de Vecchi. Barcelona: 1989.

¿Y CÓMO VA LA REFORMA? Memorias del foro Nacional. Avance en el Desarrollo del SGSSS. 1996. Ediciones Retina.

JURISPRUDENCIA

CONSEJO DE ESTADO.

Sentencia 11001-03-24-000-2001-00192-01 del 3 de junio de 2004, M.P. Camilo Arciniegas Andrade.

SECCIÓN PRIMERA. Sentencias

15382 y 16010 de septiembre 19 de 2007, M.P. Enrique Gil Botero.

11001-03-25-000-2004-00139-01 y 11001-03-25-000-2004-00175-01 del 18 de junio de 2009, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

2004-00340 del 18 de junio de 2009, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

25000232700020040204901 del 26 de noviembre de 2009, M. P. Rafael Ostau De Lafont.

SECCIÓN SEGUNDA. Sentencias

17062 de abril 24 de 2008, M.P. Enrique Gil Botero.

11001-03-24-000-2005-00071-01 del 30 de octubre de 2008, M.P. Martha Sofía Sanz Tobón,

SECCIÓN TERCERA. Sentencias

3768 de octubre 11 de 2007, M.P. Consejero Ponente. Gustavo Gómez Aranguren.

110010324000200300327-01 del 4 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio Martínez.

Sección Primera del Consejo de Estado.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA. Sentencia, Expediente.

110010102000 200700102 de 7 de febrero de 2007, M. P. Temístocles Ortega Narváez. Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias

De constitucionalidad:

C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. C-040 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón. C-074 de 1993. M. P. Ciro Angarita Barón. C-265 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. C-415 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C-255 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía. C-398 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C-524 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-176 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell. C-274 de 1996, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. C-370 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C-089 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. C-112 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-177 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-521 de 1998. M.P.

Antonio Barrera Carbonell. C-542 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara. C-599 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. C-624 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-080 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-082 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-111 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. C- 557 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. C-1045 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. C-1489 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-674 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. C-815 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-130 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-615 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-791 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. C-974 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-150 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-384 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-717 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. C-800 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-870 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-898 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-936 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. C-1094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. C-070 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-130 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-408 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. C-578 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. C-623 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-865 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-100 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis. C-425 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-243 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. C-137 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-180 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. C-399 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-521 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-392 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. C- 543 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. C-811 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-858 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-950 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-953 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-955 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-956 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-957 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. C-1000 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. C-1041 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. C-1042 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. C-035 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-037 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-117 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-119 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-260 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-289 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C-316 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. C-375 de 2008, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla. C-463 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería. C-675 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. C-714 de 2008, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla. C-902 de 2008, M.P. Nilsón

Pinilla Pinilla. C-1065 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. C-1158 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-068 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. C-486 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa. C-543 de 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

DE UNIFICACIÓN

SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SU200- de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz- José Gregorio Hernández Galindo. SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. SU-039 de 1998, M.P. Hernando Herrera Vergara. SU-182 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz – José Gregorio Hernández Galindo. SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SU-253 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. SU-157 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. SU-562 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis. SU-1193 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. SU-1554 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

DE TUTELA

T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. T-419 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. T-425 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. T-426 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz. T-487 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-491 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-536 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez. T-613 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-102 de 1993, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-108 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz. T-130 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz. T-180 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara. T-236 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz. T-240 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-030 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-098 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-184 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara. T-291 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-322 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-341 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-430 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara. T-004 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-198 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-207 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-244 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-339 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-385 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-042 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-210 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. T-281 de 1996, M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez. T-323 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-347 de 1996, M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez. T-533 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-606 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-703 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz. T-019 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-027 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-059 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-072 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. T-114

de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-118 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-125 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-171 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía. T-202 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz. T-250 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-270 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-299 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-375 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-397 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-437 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-639 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz. T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-662 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-665 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-666 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-102 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-104 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-105 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-248 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. T-363 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. T-370 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-489 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. T-507 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-516 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-645 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz. T-668 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell. T-706 de 1998b, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-762 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-784 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-792 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-011 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-012 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-016 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-093 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-104 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-139 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-210 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-365 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-437 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. T-458 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-529 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz. T-535 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-689 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-799 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-807 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-001 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-119 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-137 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-155 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-204 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz. T-229 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-258 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-348 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-378 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-394 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-467 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-471 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-493 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-839 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-903 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-909 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-1120 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. T-1168 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

T-1752 de 2000, M.P. Cristina Pardo Schlesinger. T-037 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-075 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. T-134 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz. T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-457 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-488 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-597 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-636 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-736 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-749 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-1002 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-1038 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-1079 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-1224 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-1265 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-1276 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-004 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-017 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-075 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. T-124 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-229 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-256 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-329 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-365 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-380 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-676 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-707 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-753 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-771 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-823 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-881 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-900 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-994 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-1013 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-1093 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-1100 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-029 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-062 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-118 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-138 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-171 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-193 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. T-237 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-248 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. T-259 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-261 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-270 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-376 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-448 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-468 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-486 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-512 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-517 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-555 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-583 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-706 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-797 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-852 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-860 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-931 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-999 de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-1053

de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-1105 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-860 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-1198 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-010 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-036 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-053 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-065 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-136 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-181 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-221 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. T-253 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-254 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-367 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-413 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-538 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-616 de 2004, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-699 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes. T-704 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-748 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-801 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-844 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-850 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-1043 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-1059 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-001 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-005 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-021 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-074 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-143 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-221 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-275 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-339 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-342 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-582 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-789 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-790 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-794 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-868 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-921 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-947 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-976 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-1012 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-1064 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-1161 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-1185 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-1217 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-1243 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-1291 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. T-004 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. T-060 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-094 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-185 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-219 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-233 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-274 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-307 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-348 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-498A de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-504 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-527 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-549 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-627 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-642 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-660 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis. T-696 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-698 de 2006, M.P. Manuel José

Cepeda Espinosa. T-705 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-756 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-761 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-837 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-1019 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-005 de 2007, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla. T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-060 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-061 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-063 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-102 de 2007, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla. T-148 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-196 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-200 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-261 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-353 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-361 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-363 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-408 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-443 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-447 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-468 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-530 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-551 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-581 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-592 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-596 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-631 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-638 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-648 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-650 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-742 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-762 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-856 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-946 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-1028 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-1097 de 2007, M.P. Mauricio González Cuervo. T-004 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. T-015 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. T-040 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-073 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-076 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-083 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo. T-136 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-204 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-217 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-247 de 2008, M.P. Nelson Pinilla Pinilla. T-253 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-448 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-475 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-512 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-517 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-576 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-581 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-598 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-600 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-608 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-658 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-680 de 2008, M.P. Nilsón Pinilla Pinilla. T-712 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-765 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería. T-767 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-770 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-808 de 2008, M.P. Manuel

José Cepeda Espinosa. T- 814 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil. T-816 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-866 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-875 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño. T-921 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-1223 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-053 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-079 de 2009, M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. T-120 de 2009, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. T-183 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. T-201 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. T-214 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. T-404 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-415 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. T-453 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. T-485 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. T-158 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencias

29519 del 13 de febrero de 2007, M. P. Carlos Isaac Nader. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

27561 de septiembre 10 de 2007, M. P. Camilo Tarquino Gallego. Sala de Casación Laboral.

Ámbito Jurídico. n°. 236. 22 de octubre al 4 de noviembre de 2007. Legis. Sentencia 05001310300220020009901 de mayo 4 de 2009, M.P. William Namén Vargas.

Sala Civil referida en Ámbito Jurídico. n°. 275 del 8 al 31 de mayo 8 al 31 de 2009. Legis.

NORMATIVA

ACTOS LEGISLATIVOS Y CONSTITUCIONES

ACTOS LEGISLATIVOS

Acto Legislativo 01 de 1936.

Acto Legislativo 01 de 2001.

Acto Legislativo 01 de 2005.

Acto Legislativo 002 de 2009.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial Temis. Sexta Edición. Bogotá. Colombia. 1986.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991. Legis.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. Ley 14 de 1986 o Ley General de Sanidad. Real Decreto Legislativo 1/1994. Ley 52 de 2003. Ley Orgánica 3/2007.

CONSTITUCIÓN CHILENA DE 1980. Ley 16744 de 1968, modificada por la Ley 19454 de 1996. DL 3500 de 1980. Ley Fonasa o ley 18.469. Ley 18.933. Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005. Ley Autoridad Sanitaria o Ley 19.937. Ley 19.966 de 2003. Plan de Acceso Universal con Garantías Explicitas. Fallo Rol n.º 5910-05 del 26 de enero de 2006. Primera Sala de la Corte Suprema de Chile. Redacción del señor Ministro Sergio Muñoz G.

CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO. 1917. Ley del Seguro Social-1995. Ley de Seguridad Social para los Servidores Públicos del Estado de México y Municipios-2002. Ley General de Salud. (DOF) 09-05-07. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Salud.

CONSTITUCIÓN ITALIANA DE 1947.

ACUERDOS

ACUERDOS DEL CONSEJO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (CNSSS).

Acuerdo 003 de 1994. Acuerdo 008 de 1994. Acuerdo 010 de 1994. Acuerdo 025 de 1995. Acuerdo 029 de 1995. Acuerdo 030 de 1996. Acuerdo 049 de 1996. Acuerdo 051 de 1997. Acuerdo 053 de 1997. Acuerdo 059 de 1997. Acuerdo 061 de 1997. Acuerdo 072 de 1997. Acuerdo 83 de 1997. Acuerdo 117 de 1998. Acuerdo 226 de 2002. Acuerdo 228 de 2002. Acuerdo 229 de 2002. Acuerdo 236 de 2002. Acuerdo 243 de 2003. Acuerdo 244 de 2003. Acuerdo 245 de 2003. Acuerdo 249 de 2003. Acuerdo 254 de 2003. Acuerdo 259 de 2004. Acuerdo 260 de 2004. Acuerdo 263 de 2004. Acuerdo 282 de 2004. Acuerdo 289 de 2005. Acuerdo 302 de 2005. Acuerdo 306 de 2005. Acuerdo 313 de 2005. Acuerdo 325 de 2005. Acuerdo 326 de 2005. Acuerdo 336 de 2006. Acuerdo 350 de 2006. Acuerdo 356 de 2007. Acuerdo 365 de 2007. Acuerdo 368 de 2007. Acuerdo 380 de 2007. Acuerdo 396 de 2008. Acuerdo 414 de 2009. Acuerdo 415 de 2009.

ACUERDOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN EN SALUD (CRES).

Acuerdo 01 de 2009. Por el cual se adopta el Reglamento de la Unidad administrativa Especial Comisión de Regulación en Salud. Acuerdo 03 de 2009. Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes

Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Acuerdo 004 de 2009. Por el cual se da cumplimiento a la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional – Se unifica el POS de niños y niñas-. Acuerdo 008 de 2009. Por el cual se aclaran y se actualizan integralmente los Planes Obligatorios de salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado. Corregido por el Acuerdo 014 de 2010. Acuerdo 011 de 2010. Por el cual se da cumplimiento al Auto No 342 de 2009 de la Honorable Corte Constitucional. Publicado en el Diario Oficial 47613 del 4 de febrero de 2010.

CIRCULARES

CIRCULARES.

Circular Externa 010 de 2006 del Ministerio de la Protección Social. Circular Externa 094 de 2004 del MPS. Circulares externas 01 y 02 de 2010 del MPS. Circular 047 de 2007 o Circular Única, modificada por las circulares 49, 50, 51 y 52 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud. Circular Externa 054 de 2009 de la Supersalud. Circular 061 de 2010 de la Supersalud.

CÓDIGOS

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. Legis. Código de Comercio. Código Contencioso Administrativo.

CÓDIGO DEL EMPLEADO OFICIAL. Legis. Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Legis.

DECRETOS

DECRETOS. Decreto 753 de 1956. Decreto 3307 de 1963. Decreto Ley 3158 de 1968. Decreto 410 de 1971. Decreto 1650 de 1977. Decreto 01 de 1984. Decreto 2591 de 1991. Decreto 306 de 1992. Decreto 412 de 1992. Decreto 2153 de 1992. Decreto 1570 de 1993. Decreto 692 de 1994. Decreto 695 de 1994. Decreto 1295 de 1994. Decreto Ley 1298 de 1994. Aclarado por el Decreto 1616 de 1995. Decreto 1485 de 1994. Aclarado por el decreto 1609 de 1995. Decreto 1486 de 1994. Aclarado por el Decreto 1610 de 1995. Decreto 1663 de 1994. Aclarado por el Decreto

1613 de 1995. Decreto 1757 de 1994. Aclarado por el Decreto 1616 de 1995. Decreto 1891 de 1994. Aclarado por el Decreto 1623 de 1995. Decreto 1920 de 1994. Aclarado por el Decreto 1632 de 1995. Decreto 1938 de 1994. Derogado por el Decreto 806 de 1998. Decreto 2150 de 1995. Decreto 2357 de 1995. Decreto 1283 de 1996. Decreto 2423 de 1996. Decreto 806 de 1998. Decreto 882 de 1998. Decreto 1406 de 1999. Decreto 1804 de 1999. Decreto 047 de 2000. Decreto 783 de 2000. Decreto 1382 de 2000. Decreto 1637 de 2000. Decreto 1795 de 2000. Decreto 429 de 2001. Decreto 887 de 2001. Decreto 2463 de 2001. Decreto 1281 de 2002. Decreto 1703 de 2002. Decreto 2400 de 2002. Decreto 050 de 2003. Decreto 800 de 2003. Decreto 2280 de 2004. Decreto 3260 de 2004. Decreto 4295 de 2004. Decreto 1011 de 2006. Decreto 1636 de 2006. Decreto 1737 de 2006. Decreto 3518 de 2006. Decreto 4444 de 2006. Decreto 55 de 2007. Decreto 574 de 2007. Decreto 1020 de 2007. Decreto 2699 de 2007. Decreto 3039 de 2007. Decreto 3085 de 2007. Decreto 4747 de 2007. Decreto 1537 de 2008. Decreto 2024 de 2008. Decreto 4317 de 2008. Decreto 1141 de 2009. Decreto 1323 de 2009. Decreto 3511 de 2009. Decreto 2710 de 2010.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES Y DECLARACIONES

ASAMBLEA MUNDIAL DE MADRID DE 2002.

Carta de Ottawa para la Promoción de la salud. 1986.
Código Iberoamericano de Seguridad Social. 1995.
Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Documentos básicos, suplemento de la 45 edición, octubre de 2006.
Convención Americana de Derechos Humanos. 1969.
Convención Interamericana contra la Corrupción. 1996.
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 1985.
Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. 1999.
Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional. 1971.
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem Do Para". 1994.
Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer. 1948.
Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer. 1948.
Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. 1984.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. 1994.

Convención sobre los derechos del niño. 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias. 1989.

Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. 1989.

Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores. 1994.

Convención sobre asilo diplomático. 1954. Convención sobre asilo territorial. 1954.

Convención sobre asilo político. 1933.

Convenio n.º 102 de la OIT, sobre la seguridad social (norma mínima). 1952.

Convenio n.º 118 de la OIT, sobre la igualdad de trato (seguridad social). 1962.

Convenio n.º 157 de la OIT, sobre la conservación de los derechos en materia de seguridad social. 1982.

Convenio n.º 159 de la OIT, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas discapacitadas. 1983.

Convenio n.º 183 de la OIT, sobre la protección a la maternidad. 2000.

Decisión 608 de 2005 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI.

Declaración de Alma Ata. 1978.

Declaración de la Conferencia Internacional de Promoción de la Salud de Santafé de Bogotá, 1992 y la 48 Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud “Nuevos Actores para una Nueva Era”, Yakarta, Indonesia en 1997.

Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. 1963.

Declaración de los Derechos del niño. 1959.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. 2000.

Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. 1967.

Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

El nuevo compromiso de salud para todos en el siglo XXI, realizado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en Washington en 2004.

Equidad, Ética y Derecho a la Salud: Desafíos a la Salud Colectiva en la Globalización. Brasil en 2007.

Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM). ONU. Ratificados en el 2008.

Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1990.

Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2000.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por la Ley 74 de 1968.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1966. Aprobado por la Ley 74 de 1968.

Plan de Viena de 1982. Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte. 1990.

Protocolo de Kioto. 1997. Protocolo de San Salvador. 1988.

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. 1977.

LEYES

LEYES. Ley 6 de 1945. Ley 90 de 1946. Ley 155 de 1959. Ley 74 de 1968. Ley 75 de 1968. Ley 16 de 1972. Ley 7 de 1979. Ley 9 de 1979. Ley 23 de 1981. Ley 55 de 1985. Ley 488 de 1988. Ley 10 de 1990. Ley 50 de 1990. Ley 12 de 1991. Ley 100 de 1993. Ley 178 de 1994. Ley 181 de 1995. Ley 256 de 1996. Ley 269 de 1996. Ley 319 de 1996. Ley 336 de 1996. Ley 344 de 1996. Ley 352 de 1997. Ley 361 de 1997. Ley 387 de 1997. Ley 447 de 1998. Ley 472 de 1998. Ley 488 de 1998. Ley 489 de 1998. Ley 509 de 1999. Ley 516 de 1999. Ley 617 de 2000. Ley 640 de 2001. Ley 691 de 2001. Ley 712 de 2001. Ley 715 de 2001. Ley 731 de 2002. Ley 755 de 2002. Ley 776 de 2002. Ley 789 de 2002. Ley 790 de 2002. Ley 797 de 2003. Ley 826 de 2003. Ley 828 de 2003. Ley 860 de 2003. Ley 923 de 2004. Ley 931 de 2004. Ley 972 de 2005. Ley 982 de 2005. Ley 985 de 2005. Ley 1010 de 2006. Ley 1098 de 2006. Ley 1112 de 2006. Ley 1116 de 2006. Ley 1122 de 2007. Ley 1139 de 2007. Ley 1146 de 2007. Ley 1151 de 2007. Ley 1164 de 2007. Ley 1171 de 2007. Ley 1221 de 2008. Ley 1233 de 2008. Ley 1250 de 2008. Ley 1251 de 2008. Ley 1275 de 2009. Ley 1280 de 2009. Ley 1295 de 2009. Ley 1306 de 2009. Ley 1335 de 2009. Ley 1340 de 2009. Ley 1346 de 2009. Ley 1355 de 2009. Ley 1393 de 2010.

RESOLUCIONES

RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Resolución 9279 de 1993. Resolución 5165 de 1994. Resolución 5261 de 1994. Resolución 2318 de 1996. Resolución 03997 de 1996. Resolución 04288 de 1996. Resolución 4445 de 1996. Resolución 741 de 1997. Resolución 5061 de 1997. Resolución 2312 de 1998. Resolución 2358 de 1998. Resolución 2816 de 1998. Resolución 2927 de 1998. Resolución 4144 de 1999. Resolución 412 de 2000. Resolución 1745 de 2000. Resolución 3384 de 2000. Resolución 1020 de 2002. Resolución 1240 de 2002. Resolución 2948 de 2003. Resolución 2949 de 2003. Resolución 3797 de 2004. Resolución 3924 de 2005. Resolución 4106 de 2005. Resolución 1043 de 2006. Resolución 1149 de 2006. Resolución 2933 de 2006. Resolución 3442 de 2006. Resolución 3577 de 2006. Resolución 4905 de 2006. Resolución 0812 de 2007. Resolución 2680 de 2007. Resolución 7693 de 2008. Resolución 0425 de 2008. Resolución 3047 de 2008. Resolución 3099 de 2008. Resolución 3754 de 2008. Resolución 1817 de 2009. Resolución 715 de 2010. Resolución 1220 de 2010. Resolución externa 014 de 1996 de la Superintendencia de Nacional de Salud.

PRESENTACIONES Y OTROS

ABORDAJE DE LOS FACTORES QUE INFLUYEN SOBRE EL NIVEL DE SALUD DE UNA POBLACIÓN. Pier Paolo Balladelli. OPS XXI, 2007.

EL AUDITOR MEDIO INFORMATIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE MEDELLÍN. 2009.

BOLETÍN JURÍDICO BIMENSUAL DE SUPERSALUD, n°. 6, mayo-junio de 2006, pie de página 2.

EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COLOMBIA. Acemi. Augusto Galán Sarmiento.

FINANCIAMIENTO DE LA SALUD DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL. Ursula Giedion. Diapositivas 31-32. Foro: ¿Para dónde va el Sistema de Salud en Colombia? Centro de Pensamiento Social, 2009.

GESTIÓN HOSPITALARIA SOSTENIBLE: LA EXPERIENCIA DE LA FUNDACIÓN SANTA FE DE BOGOTÁ. Uribe, Juan Pablo. Sao Paulo. 2007. Diapositiva. 15.

LA SALUD EN MEDELLÍN ESTÁ GRAVE. El Auditor. Medio informativo de la Contraloría General de Medellín. Mayo 2009.

MERCADOS DE SEGUROS DE SALUD Y CALIDAD DE LA ATENCIÓN. ¿Existe la mano visible? Pinto, Diana. Comentarios. Diapositiva. 3.

PONENCIA: LA EXPERIENCIA CONSTITUYENTE Y LA SALUD EN COLOMBIA: APORTES DESDE UNA LECTURA SOCIOPOLÍTICA. Presentación. Diapositiva. 6. Hernández Álvarez, Mario.

RECONSTRUCCIÓN DEL PROCESO DE TUTELA EN SALUD, DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS USUARIOS EN MEDELLÍN, 2002-2007. Investigación realizada por María Esperanza Echeverry López. 2010.

VALORACIÓN MONETARIA DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y DEL PROCESO LEGAL DE LAS TUTELAS EN MEDELLÍN, realizado por el estudiante de Administración de Servicios de Salud de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia Alejandro Arango Castrillón con la asesoría del profesor Emmanuel Nieto López. 2010.

VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EXPRESADO EN LAS SOLICITUDES DE TUTELA TRAMITADAS EN EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN. 2001-2007. Investigación realizada por Claudia Milena Rodríguez, egresada de la Maestría de Salud Pública de la Facultad Nacional de Salud Pública de la Universidad de Antioquia. 2010.

REVISTAS ESPECIALIZADAS

ALCANCE DE LA LIBERTAD ECONÓMICA PRIVADA EN EL RÉGIMEN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS INTRODUCIDO POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Montaña Plata, Alberto. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Revista Derecho del Estado. n.º 14. Junio de 2003.

ÁMBITO JURÍDICO. n.º. 236. 22 de octubre al 4 de noviembre de 2007. Legis. p. 9, y n.º. 275 del 8 al 31 de mayo de 2009. Legis.

ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA REGIONAL EN AMÉRICA LATINA. Hernández Bielma, Leticia. Revista Análisis Económico. Primer Cuatrimestre. Vol. XXI. n°. 046. Universidad Autónoma Metropolitana- Azcapotzalco. México. 2006.

DESARROLLO SOCIAL Y BIENESTAR. Uribe Mallarino, Consuelo. Universitas Humanística. n°. 58. Bogotá, julio-diciembre de 2004.

EL DERECHO A LA SALUD: APUNTES A LA REFORMA DE LA ACCIÓN EN TUTELA RESPECTO EL DERECHO A LA SALUD. Oscar Parra. Revista de Economía Colombiana, edición 303, julio-diciembre de 2004, Bogotá.

EL ENFOQUE SOCIOPOLÍTICO PARA EL ANÁLISIS DE LAS REFORMAS SANITARIAS EN AMÉRICA LATINA. Hernández Álvarez, Mario. Ponencia presentada al VIII Congreso Latinoamericano de Medicina Social y XI Congreso de la Asociación Internacional de Políticas de la Salud. La Habana, Cuba. 2000. Revista Cubana de Salud Pública. Sociedad Cubana de Administración de Salud. Julio-septiembre. Vol. 29, n°. 3. ISSN. 0864-3466. La Habana. Cuba. 2003.

EL MALESTAR DE LA SALUD EN COLOMBIA. Jazmín Campos. Revista de Economía Colombiana, edición 303, julio-diciembre de 2004, Bogotá.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL EN LA GLOBALIZACIÓN. GARANTÍAS DE DERECHOS, CIUDADANÍA Y MERCADO EN EL CONTEXTO DE REFORMAS DE ESTADO. Carlos Ariel, Sánchez Toro. Revista de la Academia de la Jurisprudencia. Bogotá: n°. 333, diciembre, 2006.

FACTORES SOCIOECONÓMICOS Y ASEGURAMIENTO EN SALUD EN EL ÁREA URBANA DE COLOMBIA. Nieto L; Emmanuel y Londoño F; Juan Luis. Socioeconomic agents and health insurance in the urban areas in Colombia. Publicado en la Rev. Facultad Nacional de Salud Pública, 2001.

LA ACCIÓN DE TUTELA: ¿UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y UN PROCESO ALTERNO PARA ACCEDER A SERVICIOS DE SALUD? Revista Colombia Médica. Vol. 36. n°. 3, julio-septiembre, 2005.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA: UNA INTERRELACIÓN ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA. En Derecho y Jurisprudencia. César Augusto Doncel Ballén. Revista Temática de la Facultad de Derecho de la Universidad de

Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Derecho Económico y Financiero. n°. 2. Año. 2005.

LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO. Un modelo económico constitucional. Galán Sánchez, Fabio Hernando, en Derecho y Jurisprudencia. Revista Temática de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Derecho Económico y Financiero. n°. 2. Año. 2005.

LA LIBERTAD ECONÓMICA Y LA PROSPERIDAD DE LAS NACIONES. Revista Latinoamericana de política, economía y sociedad. Dora de Ampuero. Bogotá: n°. 9. Julio. 2006.

LA REFORMA DEL SECTOR DE LA SALUD EN COLOMBIA: ¿UN MODELO DE COMPETENCIA REGULADA? Yepes Luján, Francisco José y Luz Helena Sánchez Gómez. Revista Panamericana de Salud Pública. Vol. 8. n°. 1-2. Washington, julio-agosto, 2000.

LIMITACIONES Y DERECHOS SOBRE LA ATENCIÓN EN SALUD DE LOS COLOMBIANOS. Observatorio de la seguridad social. Grupo de economía de la salud (GES). n°. 18, año 7, 2008.

NOCIONES GENERALES DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN COLOMBIA. Sabogal Bernal, Luis Fernando. Bogotá: Revist@ E-Mercatoria. Universidad Externado de Colombia. Volumen 4. n°. 1. 2005.

SEGURIDAD SOCIAL Y SALUD EN COLOMBIA. Estado de la Reforma. Franco G; Álvaro. Revista de Salud Pública. Volumen 2, n°. 1. Marzo del 2000.

WEBGRAFIA

ACIERTOS E INSUFICIENCIAS DE LA SENTENCIA T-760 de 2008: Las implicaciones para el derecho a la salud en Colombia. Rodrigo Uprimny Yepes y Diana Rodríguez Franco. Tomado de: [<http://www.sindess.org/inicio/inicio.php?ver=noticias&op=vermas&id=273>].

APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD ECONÓMICA EN COLOMBIA. Universidad ICESI. Estudios Gerenciales. 77. p. 83. Biblioteca Digital – Universidad. Tomado de: [[icesihttp://dspace.icesi.edu.co/dspace/handle/item/1194](http://dspace.icesi.edu.co/dspace/handle/item/1194)].

ASMET SALUD E.S.S, Pagina Web.

CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO DEL ASEGURAMIENTO EN SALUD PARA EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO EN COLOMBIA. Capítulo 2. Antecedentes del Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2.1. Las reformas del sector salud: del modelo higienista a la competencia regulada. Orozco Africano, Julio Mario. Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales. En: [<http://www.eumed.net/libros/2008b/386/Antecedentes%20del%20Sistema%20General%20de%20Seguridad%20Social%20en%20Salud.htm>].

CONCEPTOS GENERALES DE SALUD PÚBLICA. Definición de los revisionistas. Milton Terris. 1987. Citado por Patricia Gálvez E. En Presentación del 8 de agosto de 2008. Disponible en: [<http://www.slideshare.net/NutPatty/conceptos-generales-de-salud-publica-presentation>].

Corporación Colectivo de Abogados. José Alvear Restrepo. Derechos Económicos Sociales y Culturales. Derecho a la salud. Tomado de: [http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=71] y de [http://www.colectivodeabogados.org/article.php3?id_article=77].

DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN DE SALUD. Universidad Nacional de Colombia, 2005. Tomado de: [<http://www.virtual.unal.edu.co/cursos/enfermeria/2002847/lecciones/tematica5/subtema5-1.html>].

EL AMPARO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES. Disponible en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2040/6.pdf>].

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Mónica Arango Olaya. Precedente. 2004. Disponible en: [<http://www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque>].

EL CONCEPTO DE SALUD-ENFERMEDAD. Tomado de: [http://viref.udea.edu.co/contenido/apuntes/gusramon/activ_salud/02-salud-enfermedad.pdf].

EL DIAGNÓSTICO MÉDICO: BASES Y PROCEDIMIENTOS. José Díaz Novás, Bárbara Gallego Machado y Aracelys León González, La Habana, Cuba. 2006, Tomado de: [http://bvs.sld.cu/revistas/mgi/vol22_1_06/mgi07106.htm].

EL NEGOCIO DE LA SALUD EN COLOMBIA. Jaime Peláez Quintero. Disponible en: [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/portal/A.InformacionInstitucional/H.UnidadesAcademicas/A.Facultades/SaludPublica?_piref359_8039169_359_283207_283207.tabstring=Memorias].

ESTADO BENEFactor Y REFORMA DEL ESTADO. Ignacio Medina Núñez. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad. Vol. IV. n°. 11. Enero-Abril de 1998. Disponible en: [<http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/espiral/espiralpdf/Espiral11/23-45.pdf>].

[<http://colmedicovalle.googlepages.com/elactomedico>].

INFOMED RED TELEMÁTICA DE SALUD, CENTRO NACIONAL DE INFORMACIÓN DE CIENCIAS MÉDICAS, REPÚBLICA DE CUBA. Medicina de Rehabilitación en Cuba. Tomado de: [<http://www.sld.cu/sitios/rehabilitacion/temas.php?idv=615>]. Dra. Solangel Hernández Tápanes.

LA ACCIÓN DE TUTELA: ¿UN MECANISMO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD Y UN PROCESO ALTERNO PARA ACCEDER A SERVICIOS DE SALUD? Alba Lucia Vélez, Disponible en: [<http://colombiamedica.univalle.edu.co/Vol36No3/cm36n3a10.htm>].

LA SEGURIDAD SOCIAL EN CHILE. Disponible en: [<http://www.monografias.com/trabajos17/seguridad-social-chile/seguridad-social-chile.shtml#normas>].

LA SOLIDARIDAD COMO ALTERNATIVA. Notas sobre el concepto de solidaridad. Gabriel Amengual. Universidad Ules Balears, Palma de Mallorca. Documento Disponible en: [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-1993-1-EDC02288-AC9D-03F8-48A4-C7CAB120E112&dsID=solidaridad_alternativa.pdf].

LIBERTAD ECONÓMICA, Gómez Castañeda, Omar Ricardo. Disponible en: [<http://pensardenuevo.org/libertad-economica/>].

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miguel Carbonell, Serie Doctrina Jurídica. n°. 185. Elaboración de formato PDF: Sara Castillo Salinas. Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN 970-32-1580-7. 2004. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en versión completa digital en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1408>].

LUCES Y SOMBRAS DE LA REFORMA DE SALUD EN COLOMBIA. Ley 100 de 1993. Yepes, Francisco J, y otros. Bogotá: Mayol ediciones. 2010. Disponible en: [http://www.idrc.ca/openebooks/486-4/#page_15].

MARCO CONCEPTUAL DEL PROCESO DE ARTICULACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. CO. ME. NE. NAL. 2007. Diapositiva. 8. Disponible en: [http://www.fundacionlibertad.org.pa/html/fileadmin/user_upload/documentos/concertacion/Salud/PROPUESTAS_CO_ME_NE_NAL_MARCO_CONCEPTUAL.ppt].

NUEVAS DIMENSIONES DEL CONCEPTO DE SALUD: EL DERECHO A LA SALUD EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO. Alba Lucía Vélez. Hacia la Promoción de la Salud. Revista Científica. n°. 5 Enero-Diciembre de 2007. Volumen 12. pp. 63-78. Universidad de Caldas. Versión electrónica. Disponible en: [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_4.pdf].

PREVENCIÓN VS PROMOCIÓN DE LA SALUD. Restrepo, Helena E. Disponible en HTML: [<http://74.125.47.132/search?q=cache:vMtSo1GqVSUJ:medicina.udea.edu.co/SYS/paginaweb/Documentos%2520006/PvvsPm.ppt+promoci%C3%B3n+de+la+salud&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=co>].

pos.gov.co y página Web cres.gov.co del Ministerio de la Protección Social.

PROMOCIÓN DE LA SALUD, PREVENCIÓN DE LA ENFERMEDAD, ATENCIÓN PRIMARIA EN SALUD Y PLAN DE ATENCIÓN BÁSICA. ¿Qué los acerca? ¿Qué los separa? Consuelo García Ospina y Ofelia Tobón Correa. Hacia la Promoción de la Salud. Revista Científica. n°. 5 Enero-Diciembre de 2000. Universidad de Caldas. Versión electrónica. Disponible en: [http://promocionsalud.ucaldas.edu.co/index.php?option=com_content&task=view&id=46&Itemid=5]

RECENSIÓN: PROMOCIÓN DE LA SALUD: Una Antología. Subdirección General de Epidemiología, Promoción y Educación para la Salud. Dirección General de Salud Pública. Ministerio de Sanidad y Consumo. Isabel García García. Rev. Esp. Salud Pública 1997. Vol. 71, n°. 3, mayo-junio de 1997. Tomado de http://www.msc.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/rev_ista_cdrom/VOL71/71_3_317.pdf

REVISTA SEMANA. Disponible en [<http://www.semana.com/noticias-economia/100-empresas-grandes-colombia/123450.aspx>].

SOBRE LOS DETERMINANTES EN SALUD. 2008. Tomado de: [<http://Angelsmcastells.nireblog.com/post/2008/05/23/toni-barbara-sobre-determinantes-de-la-salud>]. Toni Bárbara.

TRES CONCEPCIONES HISTÓRICAS DEL PROCESO SALUD - ENFERMEDAD. María del Carmen Vergara Quintero. Hacia la Promoción de la Salud. Revista Científica. n°. 5, enero-diciembre de 2007. Volumen 12. pp. 41-50. Universidad de Caldas. Versión electrónica. Disponible en: [http://promociónsalud.ucaldas.edu.co/downloads/Revista%2012_4.pdf].

UNA APROXIMACIÓN AL FINANCIAMIENTO DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL EN COLOMBIA. Acosta Navarro, Olga Lucía y Gamboa, Luis Fernando. Serie Borradores de Investigación n°. 69, junio de 2005, Universidad del Rosario, Facultad de Economía. Disponible en: [http://www.asivamosensalud.org/index.php?option=com_content&view=article&id=44].

www.colombiastad.gov.co.

www.economia.cl/aws00/servlet/aawsconver?1,,500369.

www.fosyga.gov.co/AcercadelFOSYGA/Quic3%a9nloadministra/tabid/104/Default.aspx.

www.iss.gov.co

www.minprotecciónsocial.gov.co

www.oiss.org

www.paho.org/Spanish/AD/SDE/HS/hppDefinition.htm.

www.presidencia.gov.co

www.senado.gov.co

ABREVIATURAS Y SIGLAS DE USO FRECUENTE

- **ATEP.** Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional.
- **CDESC.** Comisión Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- **CNSSS.** Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.
- **CRES.** Comisión de Regulación en Salud.
- **C. P.** Constitución Política.
- **CTC.** Comité Técnico Científico.
- **EAPB.** Empresas Administradoras de Planes de Beneficios
- **EAS.** Empresas Adaptadas de Salud.
- **ECAT.** Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito.
- **EGM.** Enfermedad General y Maternidad.
- **EPS.** Entidades Promotora de Salud.
- **ESE.** Empresa Social del Estado.
- **ESM.** Economía Social de Mercado.
- **FOSYGA (Fosyga).** Fondo de Solidaridad y Garantía.

- **IPS.** Institución Prestadora de Servicios de Salud.
- **MPS.** Ministerio de Protección Social.
- **NO POS (No POS).** Se refiere a medicamentos, intervenciones, tratamientos y en general servicios de salud no incluidos en el **POS**.
- **OISS.** Organización Iberoamericana de la Seguridad Social.
- **OIT.** Organización Internacional del Trabajo.
- **OMS.** Organización Mundial de la Salud.
- **PAB.** Plan de Atención Básica.
- **PAS.** Planes Adicionales de Salud.
- **PIDESC.** Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- **PLUS.** Plan Limitado Único de Salud.
- **PNSP.** Plan Nacional de Salud Pública.
- **PSPIC.** Plan de Salud Pública de Intervenciones Colectivas.
- **POS.** Plan Obligatorio de Salud.

- **POSC.** Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo.
- **POSS.** Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.
- **SGP.** Sistema General de Pensiones.
- **SGRP.** Sistema General de Riesgos Profesionales.
- **SGSSS.** Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- **SIIS.** Sistema Integral de Información del Sector Salud.
- **SOGCS.** Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del SGSSS.
- **SPS.** Sistema de Protección Social.
- **SSC.** Servicios Sociales Complementarios.
- **SSSI.** Sistema de Seguridad Social Integral.
- **SUPERSALUD. (Supersalud).** Superintendencia Nacional de Salud.
- **UPC.** Unidad de Pago por Capitación.